

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI
FEDERICO II

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO E COSTITUZIONALE
XXVI CICLO

AGATINO LANZAFAME

RETROATTIVITÀ DELLE LEGGI E TUTELA
DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO.
PROFILI COSTITUZIONALI.

Tutor:
Prof. Agatino Cariola

INDICE

Parte I – Limiti alla Retroattività

1. Il principio di irretroattività nell'ordinamento Italiano.	pag. 4
2. Il principio di irretroattività nella Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.	pag. 12
2.1. Irretroattività e garanzia del Giusto Processo.	pag. 15
2.2. Irretroattività e tutela dell'affidamento.	pag. 20
2.3. Il caso Agrati.	pag. 25
3. La retroattività come eccezione nella giurisprudenza CEDU.	pag. 29
3.1. I motivi imperativi di interesse generale come limiti alla retroattività.	pag. 32
3.2. Segue: i motivi di interesse finanziario. Divergenze tra le corti: il caso Maggio e la Sentenza della Corte Costituzionale 264/2012.	pag. 35
3.3. Segue: il caso Montalto c. Italia. Conclusioni.	pag. 41
4. Retroattività e motivazione della legge.	pag. 44

Parte II – Casistica

5. Le leggi di interpretazione autentica.	pag. 49
5.1. Interpretazione autentica e retroattività.	pag. 53
5.2. L'evoluzione della Giurisprudenza Costituzionale.	pag. 60
5.3. Il dialogo tra la Corte Costituzionale e la Corte EDU in materia di leggi di interpretazione autentica.	pag. 64
5.4. Conclusioni: Leggi interpretative, il dissolvimento di una categoria dogmatica.	pag. 69
6. Il divieto di retroattività in materia tributaria e finanziaria.	pag. 71

7. Le leggi incentivanti.	pag. 82
7.1. Segue: gli aiuti di Stato.	pag. 87
8. Retroattività ed efficacia “ope legis” del contratto collettivo dopo la riforma dell’art. 360 n. 3 cpc.	pag. 89
9. Le leggi di sanatoria.	pag. 95
9.1. Le “sanatorie” (<i>rectius</i> “i condoni”) in materia edilizia e tributaria.	pag. 102
10. Retroattività e leggi regionali. Cenni.	pag. 104
11. Le disposizioni retroattive in materia di competenza del giudice. Cenni.	pag. 108
12. Retroattività e materia penale.	pag. 110
12.1. L’obbligo di retroattività favorevole.	pag. 114
12.2. I provvedimenti “afflittivi”: la confisca.	pag. 132
12.3. Segue: la decadenza ex art. 3 del d.lgs. 235/2012. (cd. legge Severino).	pag. 138

Parte III – Overruling e Tutela dell’Affidamento

13. Il parallelismo tra legge retroattiva ed interpretazione giurisprudenziale retroattiva.	pag. 147
13.1 La funzione della giurisprudenza: natura dichiarativa o natura creativa.	pag. 151
14. Il legittimo affidamento sugli orientamenti giurisprudenziali consolidati.	pag. 159
15. Il <i>prospective overruling</i> .	pag. 163
16. Retroattività delle sentenze della Corte costituzionale. Cenni.	pag. 171

Conclusioni	pag. 184
--------------------	----------

Bibliografia	pag. 195
---------------------	----------

PARTE PRIMA – LIMITI ALLA RETROATTIVITÀ

1. Il Principio di irretroattività nell'ordinamento Italiano

Il fenomeno giuridico, cioè l'insieme di regole che si applicano all'interno di un aggregato sociale, è per sua natura dinamico, poiché si evolve nel corso del tempo. Il susseguirsi di fatti e atti, comunemente definiti “fonti del diritto”, che “innovano l'ordinamento, producendo la nascita, la modificazione o l'estinzione di norme, situazioni e rapporti giuridici”¹, intercetta un punto cruciale della riflessione giuridica: l'efficacia nel tempo degli atti (e fatti) normativi.

A questo proposito si deve innanzitutto rilevare che tutti gli ordinamenti moderni² sanciscono il principio di irretroattività delle norme giuridiche quale valore fondamentale di civiltà giuridica, elevandolo in alcuni casi al rango costituzionale³. Tale scelta del legislatore risponde a una elementare esigenza di

¹ Cfr. SANDULLI A., *Fonti del Diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VII, Torino, 1961 pag. 525

² Alcuni autori non mancano di sottolineare come i grandi argomenti contro la retroattività delle leggi trovino già una formulazione completa nell'In Verrem di Cicerone dove appaiono argomenti quali il rispetto dell'autonomia privata, il criterio della prevedibilità in base al diritto precedente, l'esigenza di tutelare la sicurezza del diritto. In tal senso GROTANELLI de'SANTI G., *Profili Costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milano, 1970, pag. 9 Sulla irretroattività delle leggi come regola nota già al tempo della civiltà romana vedi anche BROGGINI, *La retroattività della legge nella prospettiva romanistica*, Milano 1966, pag. 363, il quale cita la costituzione di Teodosio II e Valentiniano III del 440 d.c. (Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeiuncta revocari, nisi nominatim etiam de praeterito tempore adhuc pendentibus negotiis cautum sit) quale prima espressione positiva del principio di irretroattività della legge. In tal senso altresì CAPONI R., *La nozione di retroattività della legge*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1990, pag. 1335, nota 15, che rileva come tale costituzione riprende in parte quella di Teodosio I del 393 d.C. (Omnia constituta non praeteritis calumniam faciunt; sed futuris regulam ponunt). Diversamente altri autori sottolineano come tale principio sia un cardine dei sistemi liberal-democratici, mentre risulta estraneo o quantomeno fortemente temperato per le esperienze che si collocano al di fuori di quest'area. In tal senso TARCHI R., *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Milano 1990, pag. 3.

³ In particolar modo è da rilevare come le Carte Costituzionali di Spagna e Portogallo sanciscano il principio di irretroattività della legge, estendendo la portata dello stesso al di là della materia penale. Cfr. art. 9.3 della Costituzione spagnola: “La costituzione garantisce (...) l'irretroattività delle disposizioni sanzionatrici restrittive dei diritti individuali” e art. 18.3 della Costituzione portoghese: “Le leggi restrittive dei diritti, delle libertà e delle garanzie devono avere carattere

certezza dei destinatari delle norme, i quali per decidere sull'attività da porre in essere debbono poter sapere gli effetti nel tempo dei loro atti.⁴

Tale principio, che nel nostro ordinamento trova fondamento positivo nell'art. 11 delle Disposizioni preliminari al codice civile del 1942⁵, esclude che “una norma giuridica possa applicarsi ad atti, fatti, eventi o situazioni verificatesi prima della sua entrata in vigore”⁶, nonché, limitatamente alla materia penale, nell'articolo 25 secondo comma della Costituzione secondo il quale “nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”.

Sull'esatta definizione di tale principio, prima ancora che sul suo ambito di operatività nel nostro ordinamento, vi è stato un ampio dibattito nella dottrina.

Secondo l'impostazione prevalente tale principio si sostanzia nell'impossibilità di applicare la legge nuova non solo ai rapporti giuridici esauriti prima della sua entrata in vigore ma “anche a quelli sorti anteriormente e ancora in vita se, in tal modo, si disconoscano gli effetti già verificatisi nel passato o si venga a togliere efficacia in tutto o in parte alle conseguenze attuali e future di essi”⁷. Sempre secondo la medesima impostazione essa potrà invece applicarsi “ai fatti agli status e alle situazioni esistenti o sopravvenute alla data della sua entrata in vigore, ancorché conseguenti ad un fatto passato, quando essi (...) debbano essere presi in

generale e astratto e non possono avere effetto retroattivo né diminuire l'estensione e la portata del contenuto essenziale delle previsioni costituzionali.”

⁴ BIANCA M., Diritto Civile I. La norma giuridica. I soggetti, II ed., Milano pag. 112.

⁵ “La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo” (Art. 11, Disposizioni sulla legge in generale).

⁶ Corte costituzionale, Sentenza n. 49/1970.

⁷ CIAN, TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, CEDAM, 2011 pag. 26 e ss.

considerazione in se stessi prescindendo totalmente dal collegamento con il fatto che li ha generati”⁸.

Regola basilare di civiltà del diritto, l’irretroattività della legge rappresenta uno strumento fondamentale di garanzia per i cittadini che, nel determinare la propria condotta, tengono conto delle leggi vigenti in quel determinato momento e su queste ripongono il loro legittimo affidamento. Affidamento che, secondo autorevole dottrina⁹, rappresenta insieme al binomio certezza/sicurezza un elemento costitutivo dell’essenza stessa della statualità per come concepita dalla dottrina dello Stato di diritto¹⁰.

Nonostante l’importanza riconosciutagli dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale il principio di irretroattività “non è mai assunto nel nostro ordinamento alla dignità di norma costituzionale”¹¹. Se non, come si è accennato, in materia penale, così come accade nella maggior parte degli ordinamenti nazionali Europei, con l’eccezione di Spagna¹² e Portogallo¹³ dove il divieto

⁸ CIAN, TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, CEDAM, 2011 pag. 26 e ss.

⁹ Vedi LUCIANI M., *Il dissolvimento della retroattività. Una questione di fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giurisprudenza Italiana*, Luglio 2007, pag. 1838 secondo cui “ogni attentato alla certezza e all’affidamento si presenta come un attentato allo stesso patto fondativo che ha dato vita allo Stato quale forma giuridico-politica di una comunità di esseri umani.”

¹⁰ In tal senso TARCHI R., op. cit., pag. 62, che osserva come “allorché si realizza una forma di stato improntata ai principi del contratto sociale e si attribuisce il potere legislativo ad assemblee politicamente rappresentative (stato legale) si afferma anche la titolarità di diritti in capo ai cittadini e la necessità del rispetto di questi anche da parte delle autorità pubblica. (...) È l’ideologia liberale a tenere in piedi la struttura. Quest’ultima fa della sicurezza e stabilità delle relazioni giuridiche, della certezza del diritto, in una parola del mantenimento dello status quo, uno dei suoi punti di forza.”

¹¹ Corte costituzionale, Sentenza 118/1957.

¹² Art. 9.3 della Costituzione spagnola: “La costituzione garantisce (...) l’irretroattività delle disposizioni sanzionatrici restrittive dei diritti individuali”.

¹³ Art. 18.3 della Costituzione portoghese: “Le leggi restrittive dei diritti, delle libertà e delle garanzie devono avere carattere generale e astratto e non possono avere effetto retroattivo né diminuire l’estensione e la portata del contenuto essenziale delle previsioni costituzionali.”

costituzionale di retroattività sulle norme penali è riproposto espressamente anche per le norme non penalistiche se “restrittive di diritti individuali”.

Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, da tale assunto consegue che, mentre in materia penale è assolutamente esclusa la possibilità per il legislatore di emanare leggi retroattive sfavorevoli al reo, in materia civile è possibile che il legislatore emani norme retroattive purché queste ultime “trovino adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si pongano in contrasto con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti, così da non incidere arbitrariamente sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti” ¹⁴.

Già in una pronuncia del 1957 la Corte costituzionale riconosceva la necessità per il legislatore di attenersi alla regola *tempus regit actum*, affermando che in determinate materie la retroattività si può porre in diretto contrasto con alcuni precetti costituzionali ¹⁵. Il divieto di retroattività, come principio generale del diritto, sebbene di rango sub-costituzionale, produce quindi effetti di vincolo sulle fonti primarie, almeno quando si salda con altri principi di sicuro rango costituzionale, e obbliga il legislatore a strutturare il rapporto tra la legge nuova e il passato in modo tale da evitare che l’incidenza nel passato determini effetti pregiudizievoli per i precetti costituzionali ai quali il principio di irretroattività si salda di volta in volta ¹⁶.

¹⁴ Corte costituzionale, Sentenze 6/1994; 822/1988.

¹⁵ Corte costituzionale, Sentenza n. 188/1957.

¹⁶ LUCIANI M., *Il dissolvimento della retroattività. Una questione di fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giurisprudenza Italiana*, Luglio 2007, pag. 1833.

La più recente giurisprudenza costituzionale ha sviluppato tale tesi, delineando con maggiore precisione i contorni della “non contrarietà” a precetti costituzionali, e individuando due limiti: la ragionevolezza e il rispetto della funzione giurisdizionale ¹⁷.

Secondo la giurisprudenza della Consulta, quindi, le norme retroattive sarebbero legittimate all’interno del nostro ordinamento ma, vista la loro capacità di ledere l’affidamento del cittadino e la certezza del diritto¹⁸, sono sottoposte ad un più penetrante sindacato di ragionevolezza, attraverso il quale la Corte avrà “l’onere di individuare i valori contrapposti a quelli della certezza e dell’affidamento, in nome dei quali ne sarebbe possibile, se non doverosa, la compromissione” ¹⁹.

L’apposizione di stringenti limiti alla possibilità per il legislatore di emanare disposizioni retroattive risponde alla condivisibile considerazione che “qualsiasi sia l’ambito in cui essa produca efficacia, se incide sulla possibilità di programmare e di prevedere ragionevolmente gli effetti dell’agire di ciascuno, la retroattività di una norma di legge avrà come inevitabile effetto di conculcare la libertà individuale”²⁰.

¹⁷ Parte della dottrina (SEMERARO M., *Interpretazione autentica, retroattività e ragionevolezza*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 2011, pag. 1203) ha individuato un terzo limite rappresentato dalla tutela dell’affidamento del cittadino, quale limite posto a presidio dell’iniziativa economica privata. Tuttavia si ritiene di non poter aderire a tale orientamento in quanto la Corte costituzionale non ha mai utilizzato la tutela dell’affidamento come limite autonomo, ma piuttosto come canone di valutazione della ragionevolezza di una norma.

¹⁸ Per una definizione del principio di certezza del diritto vedi CORSALE, voce, *Certezza del diritto*, in *Enc. Giur. It.*, vol VI, Roma 1988, secondo il quale tale principio può essere declinato come prevedibilità delle conseguenze giuridiche di atti o fatti.

¹⁹ LUCIANI M., op. cit. Agosto-Settembre 2007, pag. 2091.

²⁰ TOSCANO A., *A proposito del discusso contributo di solidarietà: riflessioni sulla persistente tentazione del legislatore di introdurre norme tributarie retroattive*, in *GiustAmm.it*, Anno VIII, 2011

Purtroppo, nonostante le petizioni di principio formulate in altisonanti proclami dalle corti di ogni ordine e grado, l'approvazione di leggi retroattive, dissimulata²¹ dietro molteplici artifici, è divenuta una prassi consolidata nel nostro ordinamento. Il principio di irretroattività, di conseguenza, è stato violato con chiara regolarità²², e continua ad esserlo oggi, grazie anche alla complicità di dottrina e giurisprudenza costituzionale. Quest'ultima a volte perfino troppo rispettosa della discrezionalità del legislatore.

Proprio da una attenta analisi della giurisprudenza costituzionale in materia di disposizioni retroattive emerge, contestualmente alla mancanza dell'individuazione di criteri stabili, un andamento casistico nel quale l'esito del giudizio di legittimità costituzionale è determinato da valutazioni relative alla fattispecie concreta e, soprattutto, agli effetti della pronuncia sull'ordinamento, piuttosto che all'affermazione di un principio generale di carattere costituzionale vincolante per il legislatore e derogabile soltanto in casi eccezionali.

A titolo esemplificativo non può non rilevarsi come il controllo sulla ragionevolezza della disposizione retroattiva della corte si faccia particolarmente stringente nel caso di leggi-provvedimento²³, diversamente da quanto accade, come si vedrà successivamente in maniera più approfondita, in materia di leggi cd. di interpretazione autentica (vedi supra).

²¹ Sulla dissimulazione quale "industria di non far veder le cose come sono", ACCETTO T., *Della dissimulazione onesta*, Genova, 1983.

²² GROTTANELLI de'SANTI G., *Profili Costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milano, 1970, pag. 2.

²³ In tal senso Corte costituzionale n. 155/1991 nella parte in cui censura il terzo comma dell'art. 3 della l. n. 67 del 1987, che, senza il tramite di una norma interpretativa, disponeva l'efficacia retroattiva della disposizione che aveva elevato il "tetto in ordine all'individuazione della posizione dominante ai fini del collegamento dal 20 al 30 per cento della tiratura dei giornali quotidiani".

Relativamente a tale tipologia di leggi, infatti, la Corte costituzionale pur continuando affermare il principio di irretroattività come “fondamentale valore di civiltà giuridica e principio generale dell’ordinamento, cui il legislatore deve in linea di principio attenersi”, ha avuto un atteggiamento particolarmente permissivo nei confronti delle disposizioni retroattive in esse contenute. Specialmente, anche in questo caso, ogni qualvolta fossero sottese alla loro approvazioni ragioni di finanza pubblica, mentre in assenza di ripercussioni sulle casse dello Stato l’atteggiamento della Corte non è stato altrettanto permissivo ²⁴.

Le considerazioni sopra esposte sulla sostanza della giurisprudenza costituzionale in materia di leggi retroattive ci spingono a interrogarci in ordine alla possibilità di riaffermare con forza l’idea che l’approvazione di leggi provviste di efficacia retroattiva non possa che costituire qualcosa di “episodico ed eccezionale” ²⁵ all’interno del nostro ordinamento.

A tal fine, senza alcuna pretesa di esaustività, si vorrà provare a dimostrare l’esistenza all’interno del nostro ordinamento, così come integrato dalle disposizioni del diritto europeo e internazionale, di un generale principio di irretroattività della legge. Tale principio assume contorni differenti alla luce del dettato costituzionale: mentre in materia civile si configurerà come una sorta di irretroattività derogabile (o temperata), soggetta ad un adeguato bilanciamento con altri valori costituzionali (vedi infra par. 3), in materia penale tale

²⁴ In tal senso MENGHINI L., *I contrasti tra Corte EDU e Corte costituzionale sulle leggi retroattive che eliminano diritti di lavoratori e pensionati: qualche idea per un avvio di soluzione*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2012, pag. 370, che afferma come “quando il conto lo pagano gli istituti di credito e non lo Stato, (la Corte) non considera prevalenti e di rilievo generale di interessi di entità diffuse e importantissime nella vita economica e complessiva quali sono le banche.”

²⁵ TARCHI R., op. cit. pag. 65.

irretroattività si configura come categorica, così come previsto esplicitamente nella nostra carta costituzionale, e non è soggetta ad alcun bilanciamento ²⁶ (vedi infra par. 12).

In tal senso è di fondamentale importanza il contributo dato dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, che ha elaborato criteri ancor più stringenti per l’ammissibilità delle leggi retroattive, tali da spingerci a ritenere ormai superata la teoria elaborata in un primo momento dalla Corte costituzionale, secondo la quale le leggi retroattive sono “generalmente ammissibili” nel nostro ordinamento.

Prima di addentrarci nella giurisprudenza della Corte Europea in materia di leggi retroattive appare opportuno soffermarci brevemente sulla definizione di legge retroattiva sulla quale, come è noto, non esiste unanimità d’opinioni ²⁷ e per la quale si è parlato in dottrina di “un vero e proprio enigma giuridico” ²⁸.

Non avendo la pretesa di addentrarsi all’interno del tanto articolato quanto risalente dibattito dottrinale intorno ai gradi e alle tipologie di retroattività ²⁹, appare sufficiente qui dire che, ai fini della presente trattazione, si ritiene ancora attuale l’acuta osservazione fatta da autorevole dottrina in ordine alla necessità di accogliere una nozione particolarmente ampia del concetto di retroattività che

²⁶ cfr. TOSCANO A., op. cit. pag. 12.

²⁷ In tal senso CAPONI R., *La nozione di retroattività della legge*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1990, pag. 1333-1334 secondo cui “sul tema dell’efficacia della legge nel tempo (...) è difficile segnare alcuni punti fermi sui quali regni un accordo consolidato fra gli studiosi di diritto intertemporale. È difficile formulare anche un elenco delle discordanze di opinione, poiché i dissensi cominciano con la terminologia, proseguono con le indicazioni metodologiche, si propagano nel tentativo di definire il concetto di retroattività o di irretroattività della legge(...) scoppiano nel tentativo di enucleare i criteri d’interpretazione delle leggi che non contengono espressamente una delimitazione della loro portata temporale e culminano infine nel giudizio sui limiti della legittimità dell’intervento retroattivo del legislatore.”

²⁸ PACE G., *Il diritto transitorio*, Milano, 1944, pag. 129.

²⁹ Per approfondire cfr. TARCHI R., op. cit.; GROTTANELLI de’SANTI G., *Profili Costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milano, 1970.

includa tra le leggi retroattive anche quelle leggi con efficacia ex nunc, seppure in ragione di un fatto passato ³⁰.

Si ritiene che la retroattività di una legge non si manifesti in relazione all'aspetto imperativo della stessa poiché "il comando non può mai evidentemente retroagire" ma piuttosto si concretizzi nella valutazione giuridica che esso contiene, che si sostituisce a quella originaria. Alcuni autori pertanto ritengono sia più corretto parlare di retrovalutazione piuttosto che di retroattività della legge ³¹. Altri, ritenendo secondaria la questione definitoria, si limitano ad osservare come le leggi retroattive "presentino necessariamente una doppia faccia. La prima (...) è volta in avanti e guarda al futuro, in quanto solo a partire dalla sua entrata in vigore può far valere il proprio contenuto prescrittivo. La seconda si rivolge al passato per trarne i fatti e gli elementi di valutazione sui quali la stessa norma opera prescrittivamente; fatti che vengono ad essere riplasmati secondo criteri diversi da quelli precedentemente operanti" ³².

2. Il principio di irretroattività nella Giurisprudenza della Corte

Europea dei Diritti dell'Uomo

Similmente a quanto accade nell'ordinamento italiano, anche all'interno dell'ordinamento europeo il principio di irretroattività in materia civile non trova esplicita copertura "costituzionale". La Convenzione Europea dei Diritti

³⁰ GROTANELLI de'SANTI G., op. cit., pag. 5.

³¹ LUCIANI M., *Il dissolvimento della retroattività*, op cit. pag. 1828.

³² TARCHI R., op. cit., pag. 211.

dell’Uomo, infatti, vieta esplicitamente solamente gli interventi legislativi retroattivi in materia penale ³³.

Rinviando le considerazioni intorno al principio di irretroattività in materia penale ad apposita sezione della presente trattazione, al momento appare innanzitutto opportuno sottolineare che, nelle innumerevoli sentenze rese negli ultimi anni dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo relativamente a interventi retroattivi dei legislatori dei vari stati europei, è possibile riscontrare come i giudici di Strasburgo abbiano maturato “un atteggiamento critico nei confronti delle leggi retroattive in materia civile a causa della loro capacità di interferire sia con i giudizi in corso, e quindi con la garanzia di cui all’art. 6 CEDU, sia con il godimento dei diritti difesi negli stessi giudizi” ³⁴.

La Corte Europea, come vedremo nelle pagine successive, coerentemente con il proprio fine di tutela dei diritti della persona *uti singuli*, introduce limiti maggiormente stringenti al potere del legislatore di emanare disposizioni legislative retroattive, per limitare l’ingerenza dello Stato nel godimento del diritto fondamentale garantito al cittadino che essa individua di volta in volta con riferimento agli articoli 1, 6 e 7 della Convenzione.

A margine di tali considerazioni, prima di approfondire l’analisi della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo in materia di leggi

³³ “Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso” (art. 7 CEDU).

³⁴ MASSA M., *La sostanza della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2009, pag. 4681

retroattive, è necessario soffermarsi brevemente sul quadro generale dei rapporti tra CEDU e ordinamento interno.

Per descrivere il quadro attuale dei rapporti bisogna far riferimento alle storiche “sentenze gemelle”, n. 348 e n. 349 del 2007, con le quali la Corte costituzionale ha fondato il rapporto tra CEDU e diritto interno sulla base dell’art. 117, comma 1 della Costituzione, il quale prevede nel testo riformulato con la riforma del Titolo V che la potestà legislativa debba essere esercitata nel rispetto “dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”.

Attraverso tali sentenze la Consulta ha affermato che l’eventuale incompatibilità tra disposizioni di diritto interno e disposizioni contenute nella CEDU si presenta come una questione di legittimità costituzionale di competenza esclusiva del giudice delle leggi e di conseguenza ha negato la possibilità per il giudice comune di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con la norma CEDU.

È bene precisare che le disposizioni della CEDU integrano, come norme interposte, il parametro rappresentato dall’art. 117 della Costituzione, così come interpretate della Corte di Strasburgo, a cui la CEDU attribuisce esplicitamente la competenza relativa a tutte le questioni concernenti l’interpretazione e l’applicazione della Convenzione.

Nelle sentenze più recenti la Corte costituzionale ha affermato la propria possibilità, se non di sostituirsi alla Corte di Strasburgo nell’interpretazione delle disposizioni della CEDU, quantomeno di “valutare come e in qual misura il prodotto dell’interpretazione della Corte Europea si inserisca nell’ordinamento

costituzionale italiano, ciò comportando una possibilità di bilanciamento volta a far sì che la tutela dei diritti fondamentali sia sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate e in potenziale conflitto tra loro”³⁵.

Vedremo in seguito, dopo aver analizzato le posizioni dei giudici di Strasburgo in materia di leggi retroattive, quali conseguenze abbia comportato, nell’ottica del dialogo tra le Corti, tale auto-attribuzione da parte della Corte costituzionale del potere di rispettare la sostanza della CEDU, disponendo però di un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell’ordinamento giuridico italiano³⁶ (vedi infra).

2.1. Irretroattività e garanzia del giusto processo

Sin dalle sue prime pronunce su casi aventi ad oggetto la legittimità di norme retroattive, la Corte di Strasburgo ha affermato in maniera perentoria che “il principio della preminenza del diritto e la nozione di processo equo consacrati dall’art. 6 della CEDU si oppongono a ogni ingerenza del potere legislativo, al fine di influire sulla conclusione giudiziaria di una lite, nell’amministrazione della giustizia”. È con il caso *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis c. Grecia* che la Corte si confronta per la prima volta con il fenomeno delle leggi retroattive: in tale procedimento, la Corte rileva come l’intervento del legislatore greco, avendo determinato in maniera decisiva l’esito della controversia a favore dello Stato,

³⁵ Corte costituzionale, Sentenza 317/2009.

³⁶ In tal senso Corte costituzionale, Sentenze n. 236/2011 e n. 303/2011, ma soprattutto n. 264/2012, sulla quale ci soffermeremo in seguito in maniera maggiormente dettagliata.

costituisce una violazione del principio di parità tra le parti all'interno del processo.

La medesima violazione viene riscontrata dalla Corte in un caso immediatamente successivo, *Papageorgiou c. Grecia*, nella decisione del quale la Corte conferma il proprio indirizzo interpretativo e rileva nelle disposizioni retroattive “di interpretazione autentica”³⁷ una violazione dell'equo processo, se attraverso le stesse lo stato interviene in maniera decisiva per orientare in suo favore l'esito dei procedimenti di cui è parte.

Con la sentenza sul caso *Affaire National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito* la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo apre alla possibilità che gli Stati interferiscano con l'amministrazione della giustizia attraverso fonti a efficacia retroattiva nel caso in cui sussistano “imperiosi motivi di interesse generale” (per approfondimenti vedi infra). Nella medesima sentenza la Corte ribadisce la necessità di uno scrutinio rigoroso della legge ai fini di verificare la reale sussistenza dei motivi di interesse generale addotti dallo Stato, sulla reale necessità di un intervento retroattivo per perseguirli e sulla proporzionalità tra i mezzi impiegati e il fine perseguito dal provvedimento retroattivo adottato.

Degno di nota risulta essere anche il caso *Vezon c. Francia*, nel quale la Corte Europea afferma che è illegittimo l'intervento legislativo retroattivo attraverso il quale lo Stato, in violazione del principio della parità delle armi, interferisce in

³⁷ A nulla rileva la natura di “interpretazione autentica” della legge, in quanto come vedremo successivamente, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sin dalla prima giurisprudenza, mostra di non distinguere le leggi retroattive in diverse tipologie. In tal senso MASSA M., *La sostanza della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2009, n. 6, pag. 4683.

una controversia tra privati dando ragione a uno di loro ³⁸. Attraverso tale presa di posizione, ribadita successivamente nel caso *Ducret c. Francia*, la Corte sottolinea il ruolo del legislatore quale “garante del principio di legalità e di organo posto in posizione terza rispetto ai privati” ³⁹.

Con il caso *Zielinski e Pradal e altri c. Francia*, la Corte ribadisce il proprio orientamento, dichiarando illegittimo l'intervento del parlamento francese a causa della mancanza di imperiosi motivi di interesse generale e individua altresì gli indici rivelatori dell'interferenza ⁴⁰ del potere legislativo nell'esercizio della funzione giurisdizionale. Questi sono rappresentati essenzialmente dal carattere tardivo dell'intervento normativo statale, dalla volontà del legislatore di contrastare una giurisprudenza maggiormente favorevole alle controparti, e dalla mancanza di prevedibilità dell'intervento di sanatoria.

Alla luce di quanto emerge da questa breve panoramica delle pronunce della Corte che utilizzano come parametro l'art. 6 della CEDU, è possibile rilevare che da tale disposizione si sia ricavato da un lato il divieto da parte del legislatore, in virtù del diritto all'equo processo, di ingerirsi nell'amministrazione della giustizia attraverso leggi aventi portata retroattiva che influenzino giudizi in corso nelle quali è parte lo Stato ⁴¹; dall'altro un obbligo da parte dello Stato di mantenersi in

³⁸ In tal caso l'intervento legislativo retroattivo aveva modificato i termini dell'offerta di prestito intercorrente tra una banca e alcuni creditori, imponendo ai ricorrenti la restituzione di quanto ricevuto dalla banca.

³⁹ VALENTINO A., *Il Principio di irretroattività della legge civile nei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2012, n. 3, pag. 12.

⁴⁰ In tal caso l'interferenza non è dovuta ad una legge di interpretazione autentica, ma a una particolare legge di sanatoria tipica dell'ordinamento francese denominata *lois de validation*.

⁴¹ Particolarmente lesivi dell'art. 6 della CEDU risultano gli interventi di c.d. *validations législatives* (vedi infra), con i quali il legislatore, specialmente in maniera fiscale, avalla pronunce o orientamenti favorevoli allo Stato, sebbene minoritari allo scopo di contrastare lo sviluppo di

una posizione imparziale davanti a controversie che intervengano tra privati, in virtù del principio della parità delle armi.

La scelta della Corte Europea ⁴² di utilizzare il parametro di cui all'art. 6 CEDU per tutelare i diritti dei cittadini lesi da norme retroattive ha suscitato numerose prese di posizione in dottrina che brevemente si ritiene opportuno riportare.

Innanzitutto è bene rilevare come tale scelta della Corte sia stata criticata da parte della dottrina che ha sottolineato che, poiché la retroattività è “un fenomeno di diritto sostanziale”, i suoi limiti sono da individuare sul piano sostanziale ⁴³. Per i sostenitori di tale tesi l'art. 6 della CEDU e la nozione di giusto processo sono stati usati dalla Corte solamente per rendere maggiormente accattivante la propria posizione che, invece, si fonda da una parte sul conflitto sostanziale tra gli interessi patrimoniali individuali di un gruppo di persone, e dall'altra sull'interesse pubblico, quasi sempre riconducibile alla materia finanziaria ⁴⁴.

Non si può non rimarcare altresì come la posizione assunta dai giudici di Strasburgo riecheggi la posizione assunta, seppur non in maniera univoca ⁴⁵, dalla Corte costituzionale in materia di legittimità delle leggi provvedimento secondo

indirizzi interpretativi differenti. In tal senso AMATUCCI F., *L'efficacia nel tempo della norma tributaria*, Milano, 2005, p. 113.

⁴² Alcuni autori sottolineano come la scelta di spostare il discorso relativo alla tutela dell'affidamento e della certezza del diritto sul piano processuale non trovi riscontro nelle tradizioni costituzionali degli Stati membri del Consiglio d'Europa e di conseguenza sia frutto di una creazione della corte EDU. In tal senso CAPONI R., *Retroattività delle leggi: limiti sostanziali v. limiti processuali nel dialogo tra le corti*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2012, pag. 4233.

⁴³ CAPONI R., *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le corti*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2011, pag. 3767.

⁴⁴ In tal senso CAPONI R., *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le corti*, op. cit., pag. 3769.

⁴⁵ In senso contrario a quanto enunciato dalla Corte con la sentenza n. 364/1991 è possibile confrontare la sentenza n. 190/1986 con la quale i giudici costituzionali ritengono legittima una disposizione che, reiterando in forma legislativa un provvedimento amministrativo sospeso dal TAR, aveva finito col porre nel nulla l'ordinanza cautelare di questo e provocato una decisione di improcedibilità del giudizio”.

cui “l’ammissibilità di leggi aventi un contenuto concreto e particolare incontra un limite specifico nel rispetto della funzione giurisdizionale in ordine alla decisione della causa in corso” ⁴⁶, che si traduce nel divieto di vanificare i diritti già azionati⁴⁷.

In ordine ai “confini” entro i quali opera tale meccanismo di tutela, se da un lato si riscontra in dottrina un consenso unanime sull’opportunità del riferimento all’art. 6 della CEDU qualora l’intervento retroattivo del legislatore sia animato unicamente dall’intento di predeterminare l’esito di una controversia per favorire una delle parti processuali in causa, in violazione del principio di parità delle armi tra le parti ⁴⁸, dall’altro tale principio non appare idoneo a tutelare, da solo, l’affidamento del cittadino in relazione a quei diritti per i quali al momento della modifica normativa non sia ancora iniziata un’azione giudiziaria civile. Considerazione che spinge alcuni autori ⁴⁹ a ritenere che la Corte di Strasburgo non abbia ancora esteso la pienezza della tutela dell’affidamento in relazione a tali diritti.

Indipendentemente dalle considerazioni relative all’estensione di tale tutela, e all’idoneità della stessa a garantire una piena tutela dell’affidamento, non si può però non concordare con chi in dottrina rileva che “sull’imposizione dei principi

⁴⁶ Corte costituzionale, Sentenza n. 346/1991

⁴⁷ In tal senso SORRENTINO F., *Garanzia giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi e leggi-provvedimento*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1991, pag. 2781

⁴⁸ Non a caso il primo procedimento in cui la Corte EDU ha contestato al legislatore la violazione dell’art. 6 della CEDU è stato il caso *Stratis Andreadis v. Greece* nel quale la Corte si trovò di fronte ad una norma retroattiva diretta a colpire una determinata persona.

⁴⁹ SANTANGELI F., *La tutela del legittimo affidamento sulle posizioni giurisprudenziali, tra la cristallizzazione delle decisioni e l’istituto del prospective overruling con particolare riguardo al precedente in materia processuale*, in *Judicium* pag. 7.

del giusto processo anche allo Stato legislatore non si sta consumando soltanto una contesa giurisprudenziale, ma un'autentica battaglia culturale”⁵⁰.

2.2. Irretroattività e tutela dell'affidamento

Come anticipato, la tutela della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia di leggi retroattive non si è incentrata esclusivamente sull'analisi della compatibilità tra tale tipologia di leggi ed il diritto a un equo processo sancito dall'art. 6 CEDU, ma ha utilizzato un ulteriore parametro di riferimento, rappresentato dall'art. 1 del Protocollo n. 1 della CEDU, in materia di diritto di proprietà⁵¹.

Così come asserito con efficacia nella recente sentenza *Agrati e altri c. Italia* (vedi infra) in mancanza di “un giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e le esigenze di tutela dei diritti fondamentali e della persona” e in assenza di “un irragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito da qualsiasi misura che privi una persona della sua proprietà” l'intervento retroattivo del legislatore si qualifica come una indebita interferenza con il diritto di proprietà.

Procedendo in ordine cronologico, tra le prime sentenze della Corte che utilizzano tale riferimento, al quale viene fatto un seppur breve cenno sin dal caso *Stratis*

⁵⁰ In tal senso MORELLI A., *Interpretazione autentica e “giusto processo”*. Torna al vaglio della Corte costituzionale la disposizione interpretativa della disciplina sul trasferimento del “personale ATA” dagli enti locali allo stato, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2009, pag. 119.

⁵¹ Art. 1 Protocollo 1 CEDU: “Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende.”

Andreatis c. Grecia ⁵², meritano senz'altro di essere menzionati i casi *Lecarpentier e altri c. Francia* e *Achache c. Francia*. In tali cause, aventi ad oggetto l'emanazione di una legge sull'offerta dei prestiti bancari che, ponendo in essere una sanatoria di contratti nulli, aveva interferito nei giudizi in corso, il percorso argomentativo utilizzato dalla Corte si fonda sull'art. 1 del protocollo n. 1. I giudici di Strasburgo rilevano infatti come l'intervento del legislatore abbia leso "*l'espérance légitime*" dei ricorrenti di ottenere dalla banca la somma riconosciuta loro dal giudice di prima istanza. Il medesimo percorso argomentativo viene seguito dalla Corte per dichiarare illegittime una legge retroattiva emanata dal legislatore francese concernente i soggetti e le modalità del risarcimento nel caso di bambini portatori di handicap nati a seguito di un errata diagnosi prenatale ⁵³.

Attraverso tali sentenze la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, come abbiamo visto fortemente critica nei confronti degli interventi legislativi retroattivi, si arricchisce di un nuovo e decisivo argomento: l'affidamento del cittadino costituisce un vero e proprio bene che rientra nell'ambito di tutela previsto dalla CEDU per il diritto di proprietà.

Tale argomento rappresenta da tempo un tema centrale nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali europee, e in particolar modo della Corte costituzionale della Repubblica federale tedesca, che hanno affrontato il problema della tutela

⁵² In tal caso la Corte EDU ritenne che la scelta del legislatore di intervenire durante la pendenza del giudizio davanti la corte di Cassazione, rendendo nulla la sentenza arbitrale che aveva già dato ragione al ricorrente, "aveva rotto, a spese dei ricorrenti, l'equilibrio che deve sussistere tra la salvaguardia del diritto di proprietà e le esigenze dell'interesse pubblico.

⁵³ *Sentenze Maurice c. Francia* e *Draon c. Francia*.

delle aspettative generate dal legislatore. Mentre non si è ancora radicato con la stessa incisività nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana.

Alla luce delle osservazioni sopra riportate, risulta opportuno soffermarsi sui confini della nozione di affidamento legittimo nel nostro ordinamento e soprattutto nell'ordinamento Europeo. Non si può negare come il legittimo affidamento costituisca uno dei principi fondamentali anche dell'ordinamento giuridico europeo, usato spesso dalle Corti Europee come “parametro di legittimità” di atti e comportamenti delle istituzioni comunitarie e dei singoli stati membri.

Secondo l'impostazione tradizionale nella definizione di affidamento meritevole di tutela concorrono diversi elementi di carattere oggettivo (ragionevolezza dell'affidamento, durata) e di carattere soggettivo (buona fede).

In proposito, attenta dottrina rileva che, ai fini della verifica della legittimità di un intervento retroattivo, l'indagine sull'esistenza o meno dell'affidamento da parte dei cittadini non può far leva su dati soggettivi e psicologici, ma solo su condizioni oggettive, giuridicamente qualificate ⁵⁴.

Coerentemente con tale impostazione, ai fini della definizione della sussistenza di un affidamento legittimo da parte dei cittadini, meritevole di tutela da parte del legislatore, il giudice europeo, così come quello nazionale, si sofferma, non senza qualche difficoltà, sulla verifica della sussistenza degli elementi strutturali atti a

⁵⁴ LUCIANI M., op. cit., 1839.

distinguerlo da una aspettativa di fiducia del cittadino priva di rilievo costituzionale⁵⁵.

Definiti gli elementi essenziali dell'affidamento tutelabile, appare infine opportuno soffermarsi su un'ultima questione: l'autonomia del principio di tutela dell'affidamento rispetto agli altri principi utilizzati dalle Corti per arginare il crescente ricorso a disposizioni legislative retroattive.

In dottrina sono stati espressi dubbi sulla possibilità, per l'affidamento, di costituire un limite assoluto e autonomo alla retroattività, dovendo essere bilanciato con altri valori o principi costituzionali⁵⁶.

Tali perplessità si colgono pure nell'atteggiamento della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana che, se da un lato qualifica con la sentenza 525 del 2000 l'affidamento come "principio che, quale elemento essenziale dello Stato di diritto, non può essere leso da norme con effetti retroattivi che incidano irragionevolmente su situazioni regolate da leggi precedenti"⁵⁷, dall'altro nega che l'autonomia di tale principio di affidamento, atteggiamento che porta autorevole dottrina⁵⁸ a sottolineare come la tutela assicurata dal giudice delle

⁵⁵ Nella giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di leggi di interpretazione autentica emerge con chiarezza come vi sia sicuramente lesione dell'affidamento nel caso in cui una legge interpretativa intervenga – retroattivamente – in presenza di un'interpretazione testuale chiara e incontroversa di una disposizione legislativa.

⁵⁶ In tal senso PUGIOTTO A, *Le leggi interpretative a corte: vademecum per giudici a quibus*, in Giurisprudenza Costituzionale, 2008, che afferma altresì come vi sarebbero alcuni nodi da sciogliere sul punto, primo tra tutti l'individuazione del confine tra un affidamento legittimo (costituzionalmente rilevante) e una situazione psicologica soggettiva di fiducia (costituzionalmente irrilevante).

⁵⁷ Tale assunto viene confermato dalla stessa Corte con la sentenza 446 del 2002 nella quale afferma che "in linea generale l'affidamento del cittadino non può essere leso da disposizioni retroattive che trasmodino in regolamento irrazionale di situazioni sostanziali fondate su leggi anteriori."

⁵⁸ LIBONE E., *La fisionomia delle leggi di interpretazione autentica nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in ANZON A. (a cura di) *Le leggi di interpretazione autentica tra*

leggi a tale principio, spesso cedevole nel bilanciamento con altri valori di rango costituzionale, sia “debole e limitata”.

Secondo la giurisprudenza ⁵⁹ della Corte costituzionale, infatti, il principio di affidamento non gode di “autonoma” tutela costituzionale, non trovando espliciti appigli in disposizioni costituzionali, e non può essere annoverato tra i diritti inviolabili a cui fa riferimento l’art. 2 della Costituzione. Secondo l’impostazione della Corte, aderente agli indirizzi prevalenti in dottrina, l’affidamento troverebbe la sua tutela esclusivamente nel contesto del generale principio di ragionevolezza codificato dall’art. 3 della Costituzione ⁶⁰.

A tale impostazione si contrappone la tesi, minoritaria in dottrina ma che merita di essere riconsiderata alla luce della recente giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, che sostiene la possibilità di configurare i principi di affidamento e di certezza del diritto come dei principi aventi piena dignità costituzionale e capaci di costituire un argine autonomo al fenomeno della legislazione retroattiva.

A supporto di tale tesi, si rileva che, così come autorevolmente argomentato, le norme contenute nella Costituzione delineano “una struttura socio-economica nella quale la fiducia del cittadino negli effetti giuridici favorevoli promessi dal legislatore appare come un elemento connaturato al sistema costituzionale” ⁶¹.

Corte costituzionale e legislatore: atti del seminario di Roma del 5 ottobre 2000, Torino, 2001, pag. 137.

⁵⁹ Corte costituzionale, Sentenza n. 74/2008 con la quale la Corte afferma che il principio non è stato elevato a dignità costituzionale.

⁶⁰ In senso contrario MERUSI F., Buona fede e affidamento nel diritto pubblico, Milano, 2001, 5 ss; MOSCHETTI F., *Agevolazioni fiscali*, in Dig. Disc. Priv. Sez. comm., I, 1987, nota 15, pag 80.

⁶¹ MERUSI F., *L'affidamento del cittadino*, op. cit., pag. 46.

Pur non trovando formulazione esplicita nella Costituzione Italiana che “riposa sulla certezza ma non la esplicita” ⁶², chi scrive ritiene che si possa affermare senza indugi che, soprattutto grazie alla giurisprudenza delle Corti Europee, il principio di tutela dell’affidamento sia ormai pacificamente riconosciuto come diritto inviolabile, seppur soggetto al bilanciamento con altri valori costituzionali di pari rango, che può essere sacrificato dal legislatore soltanto in casi eccezionali.

2.3. Il caso Agrati

I due argomenti, quello della tutela dell’affidamento e quello della garanzia della parità delle armi all’interno del giusto processo, sono stati di recente utilizzati dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, per condannare il nostro paese nel caso *Agrati e altri c. Italia* ⁶³.

Tale caso merita una particolare attenzione, non soltanto per la sua attualità, ma soprattutto perché costituisce un passo importante nel dialogo tra la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e la Corte costituzionale Italiana che si spera possa portare al più presto, nonostante le recenti battute d’arresto ⁶⁴, a rendere omogenei i criteri utilizzati dalle due Corti, al fine di valutare la legittimità di una legge retroattiva.

Alla base di tale controversia troviamo l’art. 1, comma 218 della legge 23 dicembre 2005 n. 266, una disposizione legislativa di interpretazione autentica (vedi infra), attraverso la quale il legislatore italiano disponeva che “l’art. 8 della

⁶² ALPA G., *La certezza del diritto nell’età dell’incertezza*, Napoli, 2006, pag. 52.

⁶³ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Agrati e altri c. Italia*, ric. N. 43549/08, 6107/09 e 5087/09 del 7 giugno 2011

⁶⁴ Vedi infra, relativamente alle divergenze intercorse tra le due corti relativamente al caso delle cd. “pensioni svizzere”, Sentenza 264/2012 della Corte costituzionale e Caso Maggio c. Italia della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo.

legge 3 maggio 1999 n. 124 (“Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico”) si interpreta nel senso che il personale degli enti locali trasferito nei ruoli del personale ATA è inquadrato nelle corrispettive qualifiche funzionali e nei profili professionali corrispondenti sulla base del principio del trattamento economico complessivo all’atto del trasferimento”, recependo sostanzialmente il contenuto di un accordo ⁶⁵ intervenuto il 20 luglio 2000 tra l’Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (Aran) e le organizzazioni sindacali di categoria.

Attraverso questo intervento “interpretativo” il legislatore determinava una ridefinizione, con efficacia retroattiva e portata riduttiva, della disciplina inerente all’anzianità giuridica ed economica riconosciuta al personale coinvolto nel trasferimento.

Tale legge viene sottoposta in un primo momento, attraverso l’ordinanza di rimessione n. 22260 del 4 settembre 2008, al vaglio della Corte costituzionale. Quest’ultima, con la sentenza 311/2009 ⁶⁶, dichiara infondata la questione di illegittimità sollevata dal giudice *a quo*, in quanto non vi è “alcun contrasto tra la norma di interpretazione autentica e l’art. 6 della CEDU nell’interpretazione fornita dalla Corte EDU”.

In particolare, nel testo della sentenza la Corte afferma che la legge impugnata “non solo non determina una *reformatio in malam partem* di una situazione

⁶⁵ In virtù di tale accordo al personale in questione veniva riconosciuto un livello retributivo pari o immediatamente inferiore a quello goduto prima del trasferimento con il riconoscimento, attraverso un assegno ad personam dell’eventuale differenza. Ma l’anzianità rilevante ai fini della disciplina statale e del contratto collettivo non coincideva con quella maturata alle dipendenze degli enti locali, e veniva limitata a quella che serviva ad attribuire il suddetto livello retributivo.

⁶⁶ Si rileva come prima della sentenza 311/2009 la Corte aveva già rigettato più volte le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici di merito che lamentavano la lesione da parte della suddetta disposizione dei principi di uguaglianza e ragionevolezza.

patrimoniale in precedenza acquisita (...) ma si dimostra coerente con l'esigenza di armonizzare situazioni lavorative tra loro differenziate all'origine, conformemente al principio di parità di trattamento di situazioni analoghe nella disciplina dei rapporti di lavoro pubblico”⁶⁷. La Consulta rileva altresì come “nell'intervento retroattivo in questione sia dato riscontrare gli elementi valorizzati dalla Corte Europea per ritenere ammissibili le disposizioni interpretative”, escludendo che la stessa vulneri i principi di uguaglianza ragionevolezza, tutela del legittimo affidamento e della certezza delle situazioni giuridiche richiamati dai giudici di Strasburgo⁶⁸.

Il medesimo caso viene sollevato dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che con la sentenza *Agrati e altri c. Italia* (n. 43549/08, 6107/09 e 5087/09 del 7 giugno 2011) condanna il nostro Paese per la violazione degli art. 1 e 6 della CEDU. L'approvazione della legge retroattiva viene censurata dai Giudici di Strasburgo, evidentemente non soddisfatti dell'applicazione che il giudice delle leggi italiano fa dei criteri da loro elaborati.

I giudici di Strasburgo non mancano di osservare come attraverso la legge di interpretazione lo Stato abbia fissato la soluzione della controversie sottoposte all'esame dei giudici rendendo inutile la prosecuzione dei processi, fatto che costituisce una indebita ingerenza nell'amministrazione della giustizia, in

⁶⁷ Corte costituzionale, Sentenza n. 311/2009.

⁶⁸ Altri e ulteriori argomenti vengono utilizzati dalla Corte a sostegno della propria decisione, a esempio il rilievo che la legge non abbia “vanificato del tutto i diritti sorti e acquisiti sulla base della legge interpretata.” In tal senso, però, autorevole dottrina non manca di rilevare che la lesione delle disposizioni della CEDU, così come interpretate dalla giurisprudenza della Corte Europea, non dipende dalla dimensione delle perdite patrimoniali che provoca la legge retroattiva. In tal senso MENGHINI L., op. cit., pag. 372.

violazione dell'art. 6, giustificabile soltanto per "ragioni imperative di interesse generale."

A tale proposito la Corte sostiene che le motivazioni addotte dallo Stato Italiano per giustificare l'adozione delle disposizioni retroattive sono insussistenti e servono soltanto a celare l'unico vero scopo reale della norma, cioè quello di preservare l'interesse finanziario dello Stato. Motivo che (vedi infra) secondo la costante giurisprudenza della Corte non è sufficiente, da solo, a legittimare l'intervento retroattivo del legislatore.

In particolare, di fronte alle argomentazioni del Governo che afferma che l'intervento retroattivo trova la propria giustificazione nella necessità di ovviare a un'imperfetta formulazione della legge originaria, che aveva determinato una discriminazione tra gli impiegati provenienti dalle collettività locali e quelli già dipendenti dello Stato, la Corte obietta la distanza temporale eccessiva (5 anni) che intercorre tra la legge interpretata e la legge interpretante ⁶⁹.

Inoltre la Corte, come si è già avuto modo di affermare, rileva altresì la violazione dell'art. 1 Protocollo 1 CEDU. Nella sentenza la Corte afferma che la pretesa dei ricorrenti ha carattere di bene, "in quanto questi sono titolari se non di un diritto di credito, quantomeno di un legittimo affidamento", che l'attività del legislatore "si sostanzia in un'ingerenza nell'esercizio del diritto di proprietà che i ricorrenti potevano rivendicare in virtù della legislazione previgente e della giurisprudenza", che tale ingerenza, imponendo un onere eccessivo e anormale nei confronti dei

⁶⁹ In relazione a ciò appare opportuno rilevare che i giudici di Strasburgo non entrano nel merito della idoneità dei motivi prospettati dal legislatore a giustificazione del proprio intervento retroattivo, ma concentrano le loro critiche sulla non sussistenza "in concreto" dei motivi prospettati, considerati irrazionali perché contraddetti da elementi di fatto, contestando la dissimulazione dei reali motivi celati dietro l'approvazione della legge.

ricorrenti, “ha rivestito carattere sproporzionato, rompendo il giusto equilibrio tra le esigenze di interesse pubblico e la tutela dei diritti fondamentali individuali”⁷⁰.

È appena il caso di rilevare che la medesima controversia è stata oggetto di giudizio da parte della Corte di Giustizia dell’Unione Europea⁷¹ che si è pronunciata anch’essa a favore del personale ATA concentrando, però, le proprie argomentazioni sulla disciplina sostanziale del trasferimento di azienda e perdendo così l’occasione⁷² per arricchire il dibattito sulla legittimità degli interventi retroattivi dei legislatori nazionali.

3. La retroattività come eccezione nella giurisprudenza CEDU

Dalle pagine precedenti emerge come la reale portata del principio di irretroattività e i limiti che esso impone al legislatore nel tempo siano stati al centro di una costante, e negli ultimi tempi vivace, dialettica tra la Corte costituzionale italiana, più incline a rispettare la discrezionalità del legislatore, e la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, più severa nei confronti delle norme retroattive⁷³.

Alla luce delle più recenti pronunce della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, che hanno imposto limiti ancor più stringenti alla possibilità per il legislatore di

⁷⁰ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Agrati e altri c. Italia.

⁷¹ Corte di Giustizia dell’Unione Europea, 6 settembre 2011, C.108/2010, Scattolon.

⁷² In tal senso MASSA M, *Dopo il caso Agrati il caso Scattolon: le leggi interpretative tra disapplicazione e prevalenza sulla CEDU*, in Quaderni Costituzionali, n. 4, Dicembre 2011, pag. 957. In senso contrario CAPONI R, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le corti*, op. cit., pag. 3765, nota 41, che sottolinea come la Corte di Giustizia, evitando di pronunciarsi sulla violazione del giusto processo lamentata dai ricorrenti, abbia inteso evitare un contrasto piuttosto che perdere l’occasione di una interpretazione parallela.

⁷³ VALENTINO A., *Il Principio di irretroattività della legge civile nei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale e della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*, op. cit.

emanare norme retroattive, appare opportuno riprendere la tesi sostenuta inizialmente, in ordine alla possibilità di ribaltare il tradizionale assunto secondo cui “la legge ordinaria non incontra in generale il limite della retroattività, ma solo quello della retroattività irragionevole” ⁷⁴, prospettando l’idea che nel nostro ordinamento la retroattività possa esistere soltanto come eccezione. Non è più possibile, del resto, affermare che il rispetto del generale principio di irretroattività sia “rimesso alla prudente valutazione del giudice” come fatto dalla Consulta nella sentenza n. 118/1957.

La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo evidenzia l’esistenza di un generale limite alla retroattività delle leggi, sulle quali è possibile affermare che gravi quasi una “presunzione di irragionevolezza”, superabile soltanto attraverso la dimostrazione da parte dello Stato della sussistenza dei motivi imperativi di interesse generale ⁷⁵. Una vera e propria “inversione dell’onere della prova”, operante per qualsiasi tipo di disposizione retroattiva incluse le cosiddette disposizioni di interpretazione autentica (vedi supra) che chiama il legislatore a giustificare la propria scelta di emanare una disposizione retroattiva ⁷⁶.

⁷⁴ ZANON N., BIONDI F., *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Bologna, 2011, pag. 60.

⁷⁵ Come osservato da acuta dottrina: “Una cosa è dire che la retroattività, tranne in materia penale, è ammessa salvi i casi contrari a principi costituzionali, cosa diversa è dire che la retroattività in principio non è ammessa salvi i casi permessi dai principi costituzionali. Con la prima dizione il principio del divieto di irretroattività viene costruito in negativo quindi spetta a chi sostiene che c’è divieto l’onere di dimostrare che si ricade in uno dei principi costituzionali che rendono la retroattività inammissibile. (...) Con la seconda dizione il rapporto si inverte: la ammissibilità della retroattività è costruita in positivo e dunque spetta a chi sostiene che la retroattività prevista non è contraria a Costituzione dimostrarlo e nulla deve dimostrare chi sostiene che la retroattività nel caso di specie non è costituzionalmente ammessa.” In tal senso RESCIGNO, *Leggi di interpretazione autentica, leggi retroattive e possibili ragioni della loro incostituzionalità*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2012, pag. 1074, nota 4.

⁷⁶ In relazione alla prospettata “inversione dell’onere della prova” va rilevato che non si può ignorare come l’analisi svolta dalla dottrina sull’istruttoria nei processi di legittimità costituzionale (su tutti Cfr. FERRO G. A., *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, op. cit.) ha evidenziato la natura tendenzialmente inquisitoria del processo

Una presa di posizione forte, capace di rappresentare un robusto argine contro la sistematica violazione, già denunciata, dei principi di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento operata attraverso l'abuso di leggi retroattive.

È da segnalare una, seppur timida, apertura da parte della Corte costituzionale su tali posizioni con la sentenza n. 78/2012, nella quale la Corte manifesta tutta la propria incertezza facendo riferimento al modello della "retroattività come eccezione" nella parte in cui riprende le disposizioni della CEDU e la giurisprudenza della Corte Europea, per poi ritornare sul proprio orientamento tradizionale ("la retroattività è ammessa, esclusi i casi che la vietano") nella parte in cui afferma i possibili vizi della legge di interpretazione.

Preso atto del fatto che, con lo sguardo rivolto alla giurisprudenza europea, sia ormai possibile affermare la generale sussistenza di un principio di irretroattività che, pur non essendo inderogabile, è passibile di eccezioni soltanto entro limiti tassativi, cristallizzati dalla Giurisprudenza Europea e Costituzionale nell'espressione "motivi imperativi di interesse generale", appare opportuno interrogarsi sul contenuto di tale definizione elaborata dai giudici di Strasburgo. La quale definizione, come vedremo, ha assunto contenuti diversi nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e della Corte costituzionale.

costituzionale con il conferimento di ampi poteri istruttori in capo alla Corte, la quale non ha esitato a fare un penetrante utilizzo di tali poteri anche con lo specifico fine di valutare le ragioni giustificative poste a fondamento di determinati interventi legislativi laddove i giudici a quibus abbiano paventato l'irrazionalità delle norme impugnate (Cfr. FERRO G. A., op. cit. in particolare pag. 218 ss.). Se allora il pacifico riconoscimento della possibilità per il giudice di indagare i fatti al di là delle allegazioni fattuali effettuate dalle parti si pone in contrasto con l'affermazione relativa alla sussistenza di un "onere della prova" (invertito nel caso di specie) in capo alle parti, non si può non rilevare come, in questo caso più che in altri, la rimessione in capo al giudice dell'intero percorso di disvelamento della ragionevolezza della deroga operata dal legislatore avrebbe come conseguenza quella di incrinare l'imparzialità dello stesso.

3.1. I motivi imperativi di interesse generale come limiti alla retroattività.

Dalla breve analisi della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo abbiamo potuto rilevare che l’argine da essa eretto, sulla base degli art. 1 e 6 della Convenzione, alla possibilità per il legislatore di legiferare retroattivamente viene “temperato da un controlimite che ripristina il potere di legiferare retroattivamente quando sussistono motivi imperativi di interesse generale” ⁷⁷.

Tale clausola, utilizzata dalla Corte a partire dalla sentenza sulle Building Societies e poi riconfermata dalle pronunce successive, è stata interpretata più o meno restrittivamente dalla Corte in base agli interessi in gioco e alle esigenze politiche, economiche e sociali che sono sottese ai singoli casi posti all’attenzione dei giudici di Strasburgo.

Una definizione dei contorni di tale clausola può essere effettuata soltanto attraverso l’analisi delle singole pronunce della Corte, anche in virtù del fatto che, come rilevato dalla stessa, appare un esercizio inutile la predeterminazione in anticipo delle ipotesi che legittimano un intervento di stampo retroattivo del legislatore, dal momento che l’interesse pubblico imperativo può essere valutato solamente calandolo in un determinato contesto storico di riferimento e non in via generale e astratta.

Le più recenti pronunce della Corte hanno evidenziato, però, che tale valutazione dei profili costituzionali, politici, economici, amministrativi e sociali che hanno portato il legislatore all’approvazione di una disposizione retroattiva non può

⁷⁷ CAPONI R., *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le corti*, op. cit., pag. 3766.

essere demandata, senza riserve, alla competenza degli Stati contraenti. Ciononostante, la suddetta competenza è stata invece rivendicata, anche attraverso alcune recentissime pronunce (vedi infra), dalla Corte costituzionale italiana ⁷⁸, attraverso il riferimento al cd. “margine di apprezzamento”.

La Corte di Strasburgo, nelle sue pronunce ha sicuramente individuato come motivi imperativi di interesse generale “l’esigenza di assicurare in maniera stabile e duratura la pace e la sicurezza giuridica” ⁷⁹, “l’esigenza di ristabilire l’intenzione originaria del legislatore contro il rischio che quest’ultima venisse sovvertita da disposizioni fissate in circolari nell’ottica generale di preservare il livello delle entrate fiscali dello stato” ⁸⁰ e “l’esigenza di applicare il principio di parità di trattamento tra i lavoratori” ⁸¹.

Al primo motivo viene fatto riferimento nel caso *Forrer-Niederthal c. Germania* nel quale la Corte, di fronte ad una norma che faceva salvi con effetto retroattivo i trasferimenti di proprietà senza indennizzo, in “proprietà” del popolo della ex DDR, ha affermato la compatibilità dell’intervento con le disposizioni della CEDU in virtù del “motivo epocale” rappresentato dal nuovo riassetto dei conflitti patrimoniali conseguenti alla riunificazione ⁸².

Il secondo motivo viene riconosciuto nel sopra citato caso delle *Buildings Societies*, nel quale la Corte afferma che è legittima l’adozione di una disposizione

⁷⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 311/2009.

⁷⁹ Caso *Forrer-Niedenthal c. Germania*, ricorso n. 47316/99, sentenza 20 febbraio 2003

⁸⁰ Caso *Building societies c. Regno Unito*, ricorsi n. 21319/93, n. 21449/93 e n. 21675/93, sentenza 23 ottobre 1997

⁸¹ Caso *Ogis-Institut Stanislas, Ogec St. Pie X et Blanche De Castille e altri c. Francia*, ricorsi n. 42219/98 e n. 54563/00, sentenza 27 maggio 2004

⁸² Tale argomento viene supportato dall’ulteriore considerazione relativa alla sussistenza effettiva di un sistema che aveva assicurato alle parti, le quali contestavano le modalità del riassetto, l’accesso a, e lo svolgimento di, un processo equo e garantito.

interpretativa di portata retroattiva allorché lo Stato, al fine di interesse generale di garantire il pagamento delle imposte, aveva inteso porre rimedio al rischio che l'intenzione originaria del legislatore fosse sovvertita da disposizioni successive diritto⁸³.

Nel caso *Ogis-Institut Stanislas, Ogec St. Pie X et Blanche De Castille e altri c. Francia* la Corte riconosce che l'intervento, che intendeva porre rimedio ad un errore tecnico di diritto⁸⁴ che aveva impedito di fatto la realizzazione della volontà del legislatore, era legittimo in quanto teso a garantire il principio di parità di trattamento tra gli insegnanti degli istituti pubblici e privati in materia di contributi sociali. Riprendendo le parole della Corte, in questo caso l'intervento del legislatore è legittimo in quanto lo stesso “non aveva inteso sostenere la posizione assunta dall'amministrazione dinanzi ai giudici, ma porre rimedio ad un errore tecnico di diritto, al fine di garantire la conformità all'intenzione originaria del legislatore, nel rispetto di un principio di perequazione.”

⁸³ Corte europea dei diritti dell'uomo, Sentenza 23 ottobre 1997, Caso *Building societies c. Regno Unito*: “La Cour note qu'en adoptant l'article 53 de la loi de 1991 avec effet rétroactif, le législateur avait le souci de rétablir et de réaffirmer son intention initiale, à laquelle avait fait barrage le constat de la Chambre des lords dans la procédure *Woolwich 1*, selon lequel le règlement de 1986 constituait un excès de pouvoir en raison de vices d'ordre technique (paragraphes 29 et 30 ci-dessus). La décision de corriger rétroactivement ces vices fut prise avant le 7 mars 1991, c'est-à-dire avant la date où la Leeds et la National & Provincial déposèrent leurs actes d'assignation (paragraphes 30 et 33 ci-dessus), et abstraction faite du lancement imminent de la première série d'actions en restitution. Bien que l'article 53 ait eu pour effet d'éteindre les créances en restitution de ces deux requérantes, il n'apparaît pas que la finalité ultime de la mesure ait été dépourvue de base raisonnable, vu les considérations d'intérêt général qui sous-tendaient la proposition de légiférer avec effet rétroactif et l'aval que lui a donné le Parlement.”

⁸⁴ La necessità di rimuovere un errore tecnico di diritto al fine di riaffermare l'intenzione originaria del legislatore viene individuata come motivo imperativo di interesse generale anche nel caso *EEG, Slachtuis Verbist c. Belgio*.

3.2. Segue: i motivi di interesse finanziario. Divergenze tra le corti: il caso Maggio e la Sentenza della Corte costituzionale 264/2012

Un dato che emerge con costanza e certezza dall'analisi delle pronunce della Corte EDU è l'insufficienza dei motivi di carattere finanziario ed economico ai fini di giustificare un intervento retroattivo del legislatore: la Corte, infatti, ha più volte affermato come il solo interesse finanziario dello Stato non sia sufficiente a rendere legittima una norma retroattiva che influisca sui giudizi in corso ⁸⁵.

In relazione a tale specifica questione è da rilevare che il dialogo tra la Corte costituzionale e la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sembrava essersi risolto in una sostanziale, anche se non immediata, adesione, o forse sarebbe più opportuno dire resa, della prima rispetto alle posizioni espresse dalla seconda.

Tale atteggiamento della Corte costituzionale, da un lato auspicabile nella misura in cui sia rivolto ad ampliare il grado di tutela offerto ai cittadini nei confronti di veri e propri abusi compiuti dal legislatore, poteva dall'altro portarci a ritenere, erroneamente, che essa avesse abdicato alla propria funzione di garante della Costituzione e dei principi in essa contenuti. In relazione a ciò autorevole dottrina⁸⁶ era arrivata a sostenere la possibilità che la Corte costituzionale, al fine di arginare l'invasiva giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, avrebbe potuto (o dovuto) invocare l'art. 81, terzo comma, della nostra Costituzione. Imponendo cioè un limite alla possibilità per la CEDU di

⁸⁵ In tal senso vedi ad esempio il caso *Affaire SCM Scanner de l'Ouest Lyonnais e altri c. Francia*. È da sottolineare però che la Corte EDU non fa un'affermazione di principio secondo la quale le ragioni finanziarie non possono mai giustificare una violazione, ma rileva che il Governo, in questo specifico caso, le aveva avanzate senza dettagliarle. In tal senso VALENTINO A., op. cit., pag. 16, che sottolinea come "a contrario" laddove sussistano esigenze di equilibrio della finanza pubblica effettivamente stringenti e adeguatamente illustrate, la Corte potrebbe esprimersi in favore dello Stato.

⁸⁶ CAPONI R., op. cit. pag. 3772.

configurarsi come norma interposta nei giudizi di legittimità costituzionale, nel caso in cui la rigida applicazione delle tutele previste dalla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, così come interpretata dai giudici di Strasburgo, possa mettere a rischio la sostenibilità finanziaria del sistema.

Ciò in considerazione del fatto che, come illustrato in precedenza, è ormai pacifico, in dottrina e nella giurisprudenza della Corte costituzionale ⁸⁷, che le norme della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo, rimangono pur sempre a un livello sub-costituzionale. E affinché queste possano integrare il parametro dell’art. 117 co. 1 Cost, ai fini di una declaratoria di illegittimità costituzionale, è necessario che non contrastino con le altre norme della Costituzione.

Tale tesi, la cui fondatezza a parere di chi scrive diviene ancor più lampante alla luce delle recenti modifiche apportate dal legislatore costituzionale all’art 81 ⁸⁸, viene accolta dalla Corte costituzionale che, con la sentenza n. 264/2012, si pone in contrapposizione con la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, che era intervenuta già sul tema oggetto della controversia ⁸⁹ affermando il contrasto delle

⁸⁷ Corte costituzionale n. 348 e n. 349 del 2007, principio ribadito in Corte costituzionale sent. 311/2009. In proposito è interessante sottolineare che, a partire da quest’ultima sentenza, non è più stata ripetuta dalla Corte l’affermazione secondo la quale, nella pur remota ipotesi di insanabile contrasto tra CEDU e Costituzione, la Corte si troverebbe obbligata a sanzionare la prima nelle forme usuali della caducazione della legge di esecuzione “nella parte in cui...”, ma sia stata adottata la più morbida dicitura, riportata nel testo, della inidoneità della norma convenzionale contraria a Costituzione a fungere da fonte interposta. In tal senso RUGGERI A., *La Corte costituzionale “equilibrata”, tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte Edu*, in *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, 2011, pag. 1773

⁸⁸ Con il “nuovo” art. 81 della Costituzione che prevede come sia compito dello Stato assicurare “l’equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico”, il legislatore codifica il principio “dell’equilibrio di bilancio” che in qualità di principio di rilievo costituzionale da tutelare può giustificare appieno la necessità di un intervento retroattivo, anche in deroga all’elevato livello di tutela dell’affidamento previsto dalla giurisprudenza della Corte Europea.

⁸⁹ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 31 maggio 2011, Maggio e altri c. Italia.

disposizioni interpretative (e retroattive) contenute nell'art. 1 comma 777 della legge finanziaria 2007 con l'art. 6 della CEDU.

La controversia all'interno della quale viene sollevata la questione di legittimità costituzionale oggetto della sentenza 264/2012 aveva a oggetto la richiesta da parte di un lavoratore di una nuova liquidazione della pensione di anzianità sulla base della retribuzione effettivamente percepita durante il periodo di lavoro in Svizzera (metodo retributivo) piuttosto che quella, inferiore, determinata dall'INPS sulla base delle aliquote contributive. Questione sulla quale, durante la pendenza di diversi procedimenti davanti all'autorità giudiziaria, era intervenuta una disposizione di interpretazione autentica, contenuta nella finanziaria 2007, che legittimava la scelta compiuta dall'INPS sull'utilizzo delle aliquote contributive al fine della determinazione della retribuzione pensionabile.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo aveva ritenuto tale disposizione lesiva dei diritti dei lavoratori, così come sanciti dall'art. 6 della CEDU, in quanto interferiva con i processi in corso, intervenendo in modo decisivo per impedire l'esito favorevole per i ricorrenti. Al contrario, la stessa viene ritenuta legittima dalla Corte costituzionale che, facendo richiamo al “margine di apprezzamento nazionale”, opera un giudizio di bilanciamento tra l'interesse sotteso al parametro (rappresentato dall'art. 6 CEDU così come interpretato dalla Corte Europea) nella sentenza Maggio e gli interessi antagonisti di pari rango costituzionale coinvolti nella disciplina recata dalle disposizioni oggetto del giudizio, individuati nell'art.

81 comma 4 della Costituzione e, soprattutto ⁹⁰, nei principi di uguaglianza e solidarietà, e afferma la prevalenza di questi ultimi ⁹¹.

Come la Corte Europea “ha ritenuto di non essere persuasa del fatto che il motivo di interesse generale” invocato dal legislatore fosse sufficientemente impellente da superare i pericoli inerenti all'utilizzo della legislazione retroattiva” ⁹², così la Corte costituzionale rileva che gli effetti della disposizione retroattiva ricadono “nell'ambito di un sistema previdenziale tendente alla corrispondenza tra le risorse disponibili e le prestazioni erogate, anche in ossequio al vincolo imposto dall'art. 81, quarto comma, della Costituzione, e assicura la razionalità complessiva del sistema stesso, impedendo alterazioni della disponibilità economica a svantaggio di alcuni contribuenti e a vantaggio di altri, così garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà” ⁹³.

A tal proposito non si può non rilevare come tale affermazione della Corte non sia supportata da adeguate argomentazioni in ordine ai rischi che il mancato

⁹⁰ Non si può negare infatti che tali principi occupino una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali. In tal senso Corte costituzionale, Sentenza n. 264/2012.

⁹¹ Così come si è avuto già modo di sottolineare in altre parti della presente trattazione, si sottolinea, riprendendo VALENTINO A., *Ancora sulle leggi d'interpretazione autentica: il contrasto tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale sulle cc.dd. “pensioni svizzere”*, in Osservatorio AIC, settembre 2013, pag. 18, che “in tale occasione la Corte costituzionale non porta la propria argomentazione alle estreme conseguenze poiché non arriva a espungere l'art. 6 della Convenzione, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo nella sentenza del caso Maggio, dall'ordinamento interno come invece il sistema delineato dalle cc.dd. “sentenze gemelle” le avrebbe consentito.” Secondo l'autrice “le ragioni di questa scelta potrebbero ravvisarsi o in un atteggiamento cauto della Corte costituzionale che non intende porre in essere una chiusura netta nei confronti della Corte di Strasburgo su una prassi – quella delle leggi d'interpretazione autentica – che essa stessa ha in alcune occasioni condannato o nella consapevolezza che lo sbarramento attuato con il bilanciamento oggetto della sentenza in commento sarebbe stato sufficiente per conseguire il risultato voluto e cioè quello di ripristinare l'uguaglianza.”

⁹² Corte costituzionale, Sentenza n. 264/2012.

⁹³ Corte costituzionale, Sentenza n. 264/2012. La Corte sottolinea altresì come sia ispirata ai principi di uguaglianza e di proporzionalità una legge che tenga conto della circostanza che i contributi versati in Svizzera siano quattro volte inferiori a quelli versati in Italia e operi una riparametrazione volta a rendere i contributi proporzionati alle prestazioni, a livellare i trattamenti, per evitare sperequazioni e a rendere sostenibile l'equilibrio del sistema previdenziale a garanzia di coloro che usufruiscono.

intervento retroattivo da parte del legislatore avrebbe comportato per la complessiva tenuta del sistema previdenziale. Una mancanza di motivazione che contribuisce ad alimentare l'idea di una Corte costituzionale che in materia di eccezioni alla retroattività "si accontenta delle chiacchiere" e mina le fondamenta del percorso argomentativo seguito dal giudice delle leggi.

La necessità, rilevata da attenta dottrina ⁹⁴, che la Corte inserisca nelle proprie pronunce "adeguate motivazioni in fatto non solo in senso forma, ma anche e soprattutto materiale, corredate cioè da argomentazioni che esplicitino le ragioni per cui determinati enunciati possono essere considerati come veri sulla base delle prove che li confermano", diventa ancor più stringente nel caso di specie. Ciò in quanto l'art. 81 della Costituzione viene utilizzato come motivo idoneo a giustificare la compressione dei diritti individuali e al contempo come controlimite capace di arginare una giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo caratterizzata da un più elevato livello di tutela dei diritti del cittadino.

È opportuno sottolineare inoltre che la Corte, nella sentenza in oggetto, ribadisce altresì il proprio orientamento secondo cui "alla Corte Europea spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale, mentre appartiene alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta Costituzionale e dalla stessa Convenzione Europea" ⁹⁵, evidenziando la distanza

⁹⁴ FERRO G. A., *Modelli Processuali ed Istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, Torino, 2012, pag. 312.

⁹⁵ Corte costituzionale, Sentenza n. 317/2009.

fra se stessa, chiamata ad una tutela “sistematica”, e il giudice europeo, pur sempre internazionale e chiamato a una tutela “parcellizzata”⁹⁶.

A margine di tali considerazioni, si deve sottolineare che anche la Corte costituzionale ha rilevato che l’art. 81, e le collegate esigenze di tutela dell’equilibrio finanziario dello Stato, non sono sufficienti a giustificare la mancata integrazione della CEDU con l’art 111 che, come affermato dalla stessa Corte con la sentenza 319/2009, può avvenire soltanto se la norma costituzionale offre una protezione più estesa ai diritti⁹⁷.

Appare apprezzabile, in tal senso, la scelta di collegare le esigenze finanziarie sottese all’utilizzo del parametro di cui all’art. 81 comma 4 e le esigenze di garantire la possibilità di accesso ai diritti da parte di ciascun cittadino, che rischia di essere irragionevolmente compromessa dall’invocazione di un diritto irragionevole da parte di un cittadino o di un gruppo di essi.

Allo stesso tempo si segnala come in dottrina alcuni autori⁹⁸ abbiano sottolineato il tentativo di dissimulazione operato dalla Corte che, mascherandosi da sensibile interprete dell’esigenza di far sempre valere il *sistema*, a mezzo degli opportuni bilanciamenti tra gli interessi costituzionalmente protetti, nasconde il suo vero volto. Cioè quello di una Corte preoccupata di anteporre le esigenze dell’erario a ogni cosa, persino ai diritti fondamentali (e, in ultima istanza, alla dignità della persona umana).

⁹⁶ In tal senso PINELLI C., *Valutazione sistematica versus valutazione parcellizzata: un paragone con la Corte di Strasburgo*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2012, pag. 4228.

⁹⁷ In tal senso VALENTINO A., op. cit., pag. 29.

⁹⁸ RUGGERI A., *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale*, in www.giurcost.it, par. 4.

Se è possibile registrare una situazione di tensione nel dialogo tra le Corti, rispetto alla chiusura manifestata dalla Corte di Strasburgo nei confronti delle esigenze di carattere economico e finanziario paventate dagli stati, lo stesso non si può fare di fronte alla negazione di legittimità nei confronti di provvedimenti retroattivi messi in atto per salvaguardare l'equilibrio finanziario di un istituto di credito ⁹⁹. Soprattutto a causa della concreta impossibilità da parte del legislatore di dimostrare le ripercussioni di tale disequilibrio sul flusso degli scambi finanziari e commerciali e di conseguenza sull'equilibrio generale dell'economia nazionale.

3.3. Segue: il caso Montalto c. Italia. Conclusioni.

Dall'analisi della giurisprudenza europea e costituzionale non si può non rilevare come il controllo della Corte EDU sulla reale consistenza dei motivi imperativi di interesse generale sia stato particolarmente severo, anche rispetto a quello effettuato dai giudici nazionali ¹⁰⁰, nel duplice intento sia di preservare il corretto svolgimento dell'amministrazione della giustizia sia di tutelare l'affidamento dei cittadini.

In tal senso la Corte che, non a torto, “pare considerare le nostre leggi retroattive come l'espressione di furbizie, inganni, menzogne e soprusi delle istituzioni nei confronti dei cittadini” ¹⁰¹ ha dimostrato di non accontentarsi delle chiacchiere (in particolar modo in merito alla sussistenza di ragioni imperative di interesse generale collegate a esigenze di carattere finanziario). Un atteggiamento di

⁹⁹ Caso Cabourdin c. Francia, ricorso n. 60796/00, sentenza 11 aprile 2006

¹⁰⁰ Significativi sono senz'altro il contrasto tra Corte EDU e Consiglio Costituzionale Francese nel caso *Zielinski* e il più recente contrasto tra Corte EDU e Corte costituzionale Italiana nel caso *Agrati*.

¹⁰¹ MENGHINI L., op. cit., pag. 380.

inflexibilità e severità dettato dall'esigenza di tutelare i diritti del cittadino che, a parere di chi scrive, sarebbe opportuno che venisse adottato anche dal nostro giudice delle leggi per dare piena attuazione al più volte richiamato principio di certezza del diritto e piena tutela all'affidamento del cittadino.

Tale diverso atteggiamento della Corte si manifesta anche nella recentissima pronuncia dei giudici di Strasburgo sul caso *Montalto c. Italia* ¹⁰². Con tale pronuncia, decisamente critica nei confronti del legislatore italiano, la Corte manifesta di non tener conto delle recenti posizioni della Corte costituzionale italiana e ribadisce il proprio orientamento consolidato in materia di leggi retroattive e afferma ancora una volta che mere necessità di ordine economico non possono costituire motivi imperativi tali consentire una deroga ai principi del giusto processo e della parità delle armi e una lesione delle “speranze legittime” dei lavoratori.

Questo diverso atteggiamento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, maggiormente rispondente alle esigenze di tutela dei diritti del cittadino e riecheggiante il principio fondamentale del primato della persona (e dei suoi diritti) sullo Stato (vedi infra), può trovare giustificazione, così come già accennato dalla Corte costituzionale nella Sentenza 264/2012, nella diversa natura (e funzione) del giudizio che si svolge davanti alle due corti: il primo, quello che si svolge davanti la Corte costituzionale, ha “come scopo primario, *anche se non esclusivo*, la tutela obbiettiva dell'ordinamento”; il secondo, quello davanti ai giudici di Strasburgo, ha come principale (se non unico) obiettivo la tutela del

¹⁰² La pronuncia riguarda il caso del personale ATA, già oggetto di precedenti pronunce della Corte Europea. Vedi supra.

diritto individuale ¹⁰³. Una valutazione, questa, la cui fondatezza non risulta comunque idonea a giustificare l'atteggiamento estremamente permissivo manifestato dalla Corte costituzionale nei confronti delle sistematiche violazioni dei valori di certezza giuridica su cui si fonda il nostro ordinamento.

A margine di tale riflessione bisogna puntualizzare che l'individuazione delle reali ragioni poste dal legislatore alla base dell'intervento legislativo è un compito parecchio arduo. A tal fine la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e la Corte costituzionale hanno spesso desunto argomenti dagli atti del procedimento di formazione del provvedimento legislativo retroattivo, nonché da altri elementi oggettivi, quali ad esempio i comportamenti adottati dallo stesso legislatore successivamente all'entrata in vigore della legge.

A tal proposito, concordando con alcuni autori ¹⁰⁴ che si sono già pronunciati sul tema, si ritiene che la motivazione della legge (vedi infra), possa rappresentare non soltanto un argine contro gli abusi più grossolani compiuti dal legislatore attraverso leggi retroattive difficilmente giustificabili, ma anche un prezioso strumento per l'interprete chiamato a valutare la legittimità dell'intervento del

¹⁰³ Per un approfondimento in tal senso vedi RANDAZZO B., *Retroattività della legge e ingerenza del legislatore nell'attività giurisdizionale: "i motivi imperativi di interesse generale"*. *Giurisprudenze a confronto* in Quaderni di nuova giurisprudenza ligure, Le Sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo come fonte del diritto, Atti del Seminario del 12 ottobre 2012, pag. 29.

Secondo l'autrice "mentre nel giudizio di costituzionalità il giudice delle leggi giudica, nella prospettiva dell'interesse generale, della coerenza dell'ordinamento nel suo complesso, e il diritto individuale viene in rilievo come parametro di giudizio e come limite alla potestà legislativa statale o regionale, nel giudizio europeo accade esattamente l'opposto: la corte EDU giudica nella prospettiva del diritto del singolo e la legge viene in rilievo come base legale dell'ingerenza dello Stato nel godimento del diritto fondamentale garantito dalla CEDU."

¹⁰⁴ In tal senso, seppur implicitamente, MORELLI A., *Interpretazione autentica e "giusto processo"*. *Torna al vaglio della Corte costituzionale la disposizione interpretativa della disciplina sul trasferimento del "personale ATA" dagli enti locali allo Stato*, in Rivista Italiana di diritto del lavoro, 2009, n. 1, pag. 117.

legislatore, pur non esonerando lo stesso da una indagine che non si limiti alla mera presa d'atto dei motivi indicati.

4. Retroattività e motivazione della legge

Al termine di questa riflessione sui limiti che le Corti hanno posto all'introduzione di norme retroattive da parte del legislatore è opportuno analizzare brevemente gli strumenti presenti nel nostro ordinamento, utili ad arginare gli abusi del legislatore in materia di leggi retroattive, soffermandosi in particolar modo, sull'utilità in tal senso della motivazione della legge.

Con l'espressione motivazione della legge si intende "l'esposizione linguistica e concettuale del percorso decisionale intrapreso dal legislatore", la cui enunciazione avviene contestualmente all'emanazione dell'atto stesso ¹⁰⁵.

La motivazione quale strumento finalizzato a "render palese nel mondo esterno un momento di per sé meramente interno del processo formativo del volere qual è quello costituito dai motivi prossimi e remoti che determinarono in concreto una certa data volizione" ¹⁰⁶ potrebbe costituire non soltanto un prezioso strumento per guidare l'attività interpretativa e per supportare la legittimazione democratica attraverso una maggiore trasparenza ¹⁰⁷ ma pure uno strumento efficace per verificare la ragionevolezza della norma retroattiva e l'originaria sussistenza di

¹⁰⁵ La "motivazione formale" va tenuta ben distinta dalla cd. "motivazione sostanziale" che è costituita dalla cd. "*occasio legis*" ovvero dai motivi più o meno remoti e contingenti, che hanno determinato la volontà del legislatore. Vedi GUIDELLI P., *La motivazione della legge. Il caso della Regione Toscana*, pag. 2, nello stesso senso BOCCALATTE S., *La motivazione della legge: profili teorici e riflessioni sulla sua (in)opportunità e sulla sua (in)utilità*, in Quaderni regionali: rivista trimestrale di studi e documentazione, 2009, pag. 683 ss.

¹⁰⁶ CRISAFULLI V., *Sulla motivazione degli atti legislativi*, in Rivista di Diritto Pubblico e della Pubblica Amministrazione in Italia, 1937, I, p. 415

¹⁰⁷ CARETTI P., *Motivazione (Diritto Costituzionale)*, in Enc. Giur. Treccani, XXIII, 1990, pag. 5

motivi imperativi di interesse generale tali da giustificare la retroattività dell'atto normativo.

Al di là delle condivisibili considerazioni sull'utilità della motivazione come “strumento in grado di ricomporre il dialogo fra i destinatari della statuizione e l'autorità” capace di mantenere un “rapporto di continuità con la collettività” ¹⁰⁸, è utile riflettere intorno alla possibilità di configurare un vero e proprio obbligo di motivazione delle leggi, e in particolare delle leggi retroattive.

Sulla possibilità di configurare un generale obbligo di motivazione della legge in capo al legislatore si è sviluppato un ampio dibattito in dottrina, che ha visto contrapporsi alla dottrina tradizionale (e prevalente) che non ammette l'esistenza di un obbligo di motivazione delle leggi ¹⁰⁹, alcune voci, tutt'altro che isolate, secondo le quali nel nostro ordinamento è possibile rintracciare un generale obbligo di motivazione delle leggi che viene fondato alternativamente sul principio di sovranità popolare o sulla rigidità della nostra costituzione ¹¹⁰.

Se la dottrina tradizionale afferma che “in assenza di una norma che prescriva esplicitamente la presenza della motivazione a pena di invalidità, è incontestabile che, a livello logico, la legge non necessiti di motivazione formale” ¹¹¹, si ritiene che tale assunto della dottrina si scontri con la considerazione che l'unica

¹⁰⁸ HABERMAS J., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996, Guerini e associati.

¹⁰⁹ ESPOSITO C., *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in Id., *La Costituzione Italiana*. Saggi, Padova, 1954, pag. 276 ss., CRISAFULLI V., op. cit., pag. 425.

¹¹⁰ PICCHI M., *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Milano, 2011 pag. 249. Secondo l'autrice l'obbligo di motivazione si fonda sulla rigidità della nostra Costituzione, “ovvero sul fatto che, prima ancora dei vincoli di contenuto derivanti da singole previsioni costituzionali, dall'ordinamento europeo e dagli obblighi internazionali, la potestà legislativa deve essere esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione.” L'obbligo di motivazione, quindi, lungi dal costituire una regola applicabile a singoli casi è “espressione di un principio generale valido in tutte le ipotesi in cui venga esercitata l'attività legislativa ovvero il criterio che consente di preservare la legalità costituzionale concorrendo a tipizzare l'esercizio del potere.

¹¹¹ BOCCALATTE S., *La motivazione della legge*, op. cit., pag. 695.

funzione assolutamente libera nei fini è la funzione costituente ¹¹². Da ciò deriva che, al contrario, a livello logico è incontestabile che, dovendo la funzione legislativa esercitarsi nei limiti previsti dalla Costituzione e dall'ordinamento comunitario e internazionale, la legge debba essere motivata.

Accennati i termini generali della questione, in questa sede, per brevità, appare opportuno interrogarsi quantomeno riguardo alla sussistenza all'interno del nostro ordinamento di un vero e proprio obbligo di motivazione per tutti quegli atti legislativi che presentano un contenuto o una struttura difforme dal modello classico di legge intesa come norma generale, astratta e irretroattiva.

Condividendo quanto affermato da autorevole dottrina relativamente al fatto che “le ipotesi in cui viene prestata una maggiore attenzione alle ragioni della scelta compiuta con l'atto legislativo sono quelle in cui vengono posti a rischio i principi cardine del nostro sistema costituzionale” (legge provvedimento, riserva di legge rinforzata, decreto legge, attrazione in sussidiarietà) ed essendo innegabile che la certezza del diritto e la tutela dell'affidamento rientrano senz'altro nell'ambito di tali principi, ritengo che sia possibile estendere alle stesse l'obbligo di motivazione in quanto potenzialmente lesive di principi che costituiscono le fondamenta dello Stato di diritto.

Anche qualora non si condividesse l'assunto prospettato da chi ritiene che la sussistenza di un generale obbligo di motivazione della legge trovi il proprio fondamento nella rigidità della Costituzione e cioè nel dovere da parte del legislatore di esercitare il proprio potere nel rispetto della Costituzione, non si può negare che la natura eccezionale delle leggi retroattive (vedi supra), così come

¹¹² BARILE, CHELI, GRASSI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Padova, 1995, pag. 298.

delineata dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, è sufficiente ad estendere a esse la regola, espressa per altre tipologie di legge, dell’obbligo di motivazione, al fine di permettere una piena attuazione dei principi costituzionali a cui tale obbligo di motivazione è ispirato.

La sussistenza del predetto obbligo, al pari di quanto accade per i decreti legge che, ai sensi dell’art. 15 della l. 400/1988, devono contenere nel preambolo l’indicazione delle circostanze straordinarie che ne giustificano l’adozione, nonché per le altre tipologie di leggi sopra citate, permetterebbe “di togliere dall’ombra i contenuti della decisione per verificarne la ragionevolezza” ¹¹³. E imporrebbe al legislatore di “giustificare le scelte operate in funzione del fine che ha scelto di perseguire” ma soprattutto “le ragioni che supportano il discostarsi dalla regola generale” ¹¹⁴, rappresentata, nel nostro caso, dall’art. 11 delle preleggi. È innegabile che tale operazione avrebbe una finalità di ausilio all’operato della Corte costituzionale nello scrutinio di costituzionalità delle succitate leggi ¹¹⁵.

È chiaro che l’adempimento da parte del legislatore dell’obbligo di motivazione delle leggi retroattive non esonererebbe la Consulta dal compito di verificare la reale rispondenza della motivazione formale adottata dal legislatore alla motivazione sostanziale che ha comportato l’emanazione dell’atto da parte del legislatore stesso. Non è possibile dare per scontata la buona fede di quest’ultimo che, come rilevato da attenta dottrina “potrebbe elaborare una motivazione

¹¹³ PICCHI M, L’obbligo di motivazione delle leggi, Milano, 2011, pag. 249.

¹¹⁴ PICCHI M, Della motivazione delle leggi statali e regionali, in CARETTI P. (a cura di) Osservatorio sulle fonti 2007. La qualità della regolazione, Giappichelli, Torino, 2009, pag. 119.

¹¹⁵ In tal senso RESCIGNO G. U., *Qualità della legislazione e principio di legalità*, in Riv. Dir. Cost., 2000, pag. 162 ss, AINIS M., *L’entrata in vigore delle leggi. Erosione e crisi d’una garanzia giurisdizionale: la vacatio legis*, Padova, 1986, pag. 213.

propagandistica, illusoria, demagogica, ingannatoria, sia nei confronti degli operatori giudici chiamati ad interpretare e applicare la legge, sia davanti l'opinione pubblica”¹¹⁶.

Proprio in virtù di tale considerazione, parte della dottrina rileva come l'attività di redazione della motivazione formale costituirebbe uno sforzo inutile se non potenzialmente dannoso¹¹⁷.

In senso contrario è possibile argomentare che, posto l'obbligo di motivazione della legge, il mancato adempimento del legislatore allo stesso nonché l'adempimento attraverso una motivazione sommaria o contraddittoria potrebbero già di per sé essere indicativi di un tentativo di dissimulazione da parte del legislatore, fungendo da valido ausilio per la Corte.

In conclusione, è utile rimarcare quanto sia innegabile che l'esplicitazione delle motivazioni che hanno portato all'approvazione della legge retroattiva avrebbe un effetto deflattivo del contenzioso dinanzi alla Corte costituzionale, giacché offrirebbe al giudice a quo un parametro certo per verificare la ricorrenza di motivazioni consone, secondo la giurisprudenza delle Corti, a giustificare la presenza di un intervento legislativo retroattivo, senza la necessità di attivare il giudizio di fronte alla Consulta.

¹¹⁶ BOCCALATTE S., *La motivazione della legge*, op. cit. pag. 696

¹¹⁷ BOCCALATTE S., *La motivazione della legge*, op. cit. pag. 711 ss

PARTE SECONDA – CASISTICA

5. Le leggi di interpretazione autentica

Una delle fattispecie più ricorrenti nel nostro ordinamento, tra le leggi con effetto retroattivo, è certamente quella delle cosiddette leggi di interpretazione autentica¹¹⁸.

A questo proposito, è opportuno preliminarmente soffermarsi sulla definizione di “legge di interpretazione autentica” e sulla possibilità, in assenza di una esplicita disciplina positiva all’interno della nostra Carta costituzionale, di utilizzo di tale strumento da parte del legislatore.

Con l’espressione “interpretazione autentica della legge” si fa riferimento alla attività interpretativa delle disposizioni di una legge posta in essere dal soggetto che è stato autore dell’atto oggetto di interpretazione¹¹⁹.

Le origini di tale istituto possono farsi risalire all’impero romano: se già con Augusto vengono concentrati nelle mani dell’imperatore tanto il potere di creare il diritto quanto quello di interpretarlo, con Giustiniano¹²⁰ assistiamo a una vera e

¹¹⁸ In tal senso RUOTOLO M., *Il tempo e le funzioni dello Stato*, in Dir e Soc., 2000, 620-621 che sottolinea come la legge d’interpretazione autentica sia “ormai diventata la più importante species del genus “leggi retroattive”.

¹¹⁹ In ordine all’identità tra l’autore della legge interpretata e l’autore della legge interpretativa è utile ripercorrere l’analisi svolta da PUGIOTTO A., op. cit., pag. 13 ss., il quale sottolinea che, pur obbligando la fedeltà all’etimo della qualificazione ad intendere come autentica soltanto l’attività interpretativa svolta dal medesimo legislatore che ha emanato l’atto, nel tempo la dottrina non ha fatto menzione di tale identità soggettiva, preferendo fare riferimento ai concetti di “identità istituzionale dell’organo” o “identità dell’atto interpretante con l’atto interpretato” (e quindi identità della funzione), e “identità della collocazione nella gerarchia della fonti”. Tale mutamento di prospettiva “improvviso e inarrestabile” è dovuto per l’autore alla necessità di giustificare una prassi sempre generalizzata nell’interpretazione autentica delle leggi.

¹²⁰ Si enim in praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges, interpretari solum dignum imperio esse oportet (...) tam conditor quam interpres legum solus imperator iuste

propria positivizzazione della funzione dell'interpretazione autentica con le due Costituzioni dalle quali si ricava il noto inciso "*eius est interpretari legis cuius est condere*". Nel Medioevo, la generale crisi della legislazione, dovuta alla preminenza del diritto consuetudinario e alla debolezza del potere politico, mette un freno all'interpretazione autentica, che riacquista un rinnovato vigore nel XVI secolo in coincidenza con la tendenziale spinta assolutistica nei neonati stati moderni ¹²¹ L'istituto dell'interpretazione autentica rivestirà un'importanza fondamentale nella Francia rivoluzionaria e post-rivoluzionaria con l'introduzione del *référé législatif* ¹²², poi abrogato nel 1837, in conseguenza del recupero della centralità del ruolo del giudice in tutti i paesi europei.

Per quanto riguarda l'ammissibilità di tale strumento interpretativo nel nostro ordinamento, la dottrina pressoché maggioritaria ne ha pacificamente ammesso l'utilizzo da parte del legislatore, supportata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale ¹²³.

existimabitur in C. 1, 14, 12, De legibus et constitutionibus principum et edictis, estratto in BELLODI A., *Scienza Giuridica e Retorica Forense*, Maggioli, 2012, pag. 116

¹²¹ L'art. 7 dell'Ordonnance civile pour la réformation de la justice emanata da Luigi XIV nel 1667 introduce, per esempio, un obbligo di interruzione del giudizio al fine di richiedere l'interpretazione autentica del sovrano qualora fosse sorto un dubbio in merito all'interpretazione di un testo legislativo regio. "Si dans le jugemens des procès qui seront pendans en nos cours de parlement, et autre nos cours, il survient aucun doute ou difficulté sur l'exécution de quelques articles de nos ordonnances, édits, déclarations et lettres-patentes, nous leur défendons de les interpréter: mais voyulons qu'en ce cas elles aient à se retirer pardevers nous, pur apprendre ce qui sera de notre intention."

¹²² L'istituto del *référé législatif* viene introdotto nell'ordinamento francese nel 1790 nella duplice forma del *référé législatif facultatif* (art. 12 della legge 16-24 agosto 1790) e del *référé législatif obligatoire* (art. 21 della legge 27 novembre-1 dicembre 1790). Il primo istituto prevedeva che il giudice, tutte le volte in cui ravvisava l'oscurità di un testo normativo, si doveva rivolgere al Corps législatif al fine di ottenere i chiarimenti necessari. Il secondo prevedeva il dovere per la Corte, in caso di un insanabile contrasto interpretativo tra giudice della cassazione e giudice di merito, di effettuare il rinvio obbligatorio al Corps législatif affinché si pronunciasse sull'interpretazione autentica della legge posta alla base del conflitto

¹²³ Cfr. Corte costituzionale Sent. N. 118/1957.

Tra i numerosi argomenti avanzati dalla dottrina a sostegno di tale tesi meritano di essere menzionati quello storico, quello che include la *potestas interpretandi* nella *potestas legiferandi*, e infine quello che fonda la legittimità dell'interpretazione autentica sull'assenza di un generale divieto di irretroattività nella nostra Costituzione.

Invero nessuno di tali argomenti risulta convincente per legittimare l'esistenza di questa autonoma categoria dogmatica all'interno dell'ordinamento.

Il cd. "argomento storico" fa leva sulla presenza nell'art. 73 dello Statuto Albertino di un esplicito potere di interpretazione con validità *erga omnes* in capo al potere legislativo. Secondo alcuni autori ¹²⁴ il silenzio della Costituzione del 1948 su tale punto equivarrebbe a una implicita riconferma della regola enunciata dallo Statuto Albertino. Come argomentato da nota dottrina ¹²⁵, tale argomento non risulta convincente e anzi può essere rovesciato nel suo contrario: la mancata riproduzione della previsione contenuta nello Statuto albertino "potrebbe voler significare un'assoluta non considerazione dell'istituto dell'interpretazione autentica" ¹²⁶. Entrambe le considerazioni, però, potrebbero risultare viziate se si ritenesse che l'esegesi più corretta dell'art. 73 sia quella che lo interpreta non in senso positivo, in quanto attributivo di un potere al legislatore, ma in negativo, cioè come limite imposto all'autorità giudiziaria ¹²⁷.

¹²⁴ In tal senso LUCIFREDI R., *La nuova Costituzione Italiana raffrontata con lo Statuto albertino e vista nel primo triennio di sua applicazione*, Milano, 1952, 108, ETTORRE, *Quali limiti per l'interpretazione autentica? A proposito di un decreto legge concernente il personale direttivo dello Stato*, in Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza, 1986, pag. 833.

¹²⁵ PUGIOTTO A., *La legge interpretativa e i suoi giudici*, Milano 2003, pag. 85.

¹²⁶ ZINGALES M., *Aspetti peculiari dell'attuale legislazione*, in Foro Amministrativo, 1980, pag. 1884.

¹²⁷ Il tal senso PUGIOTTO A., op. cit., pag. 87, afferma che a sostegno di tale tesi vi siano argomenti "di un certo spessore" quali "la collocazione dell'art. 73 nella topografia dello Statuto,

Il secondo argomento utilizzato dalla dottrina è quello che include la *potestas interpretandi* nella *potestas legiferandi*, argomento che può essere riassunto nel brocardo “*cuius est condere eius est interpretari*”. È possibile, però, ritenere che tale argomento “provi troppo”, poiché se da un lato è innegabile che il legislatore abbia il potere, se non il dovere, di integrare e correggere disposizioni di legge che si siano rivelate lacunose o foriere di prassi inopportune, dall’altro non si comprende perché tale potere debba essere esercitato in maniera “naturalmente retroattiva” (come vedremo la retroattività della legge interpretativa rappresenta il cuore del dibattito interno a tale categoria dogmatica) consentendo alla legge interpretativa di agire come “cuneo demolitore di principi essenziali dello Stato di diritto”¹²⁸ quali la certezza ed il legittimo affidamento dei cittadini.

L’ultimo argomento è quello che fonderebbe la legittimità dell’interpretazione autentica legislativa sulla mancanza nella nostra Costituzione di un esplicito divieto di retroattività. I sostenitori di questa tesi affermano che “essendo la legge di interpretazione autentica naturalmente e necessariamente retroattiva, può dirsi che essa è sicuramente ammissibile in linea generale non essendoci, per l’appunto, specifici ed espliciti limiti alle leggi retroattive” e che di conseguenza sarebbe incoerente riconoscere la disponibilità temporale della funzione legislativa, negando che l’effetto retroattivo possa essere conseguito attraverso la tecnica dell’interpretazione autentica.

compreso tra i sei articoli di cui si componeva il capo Dell’Ordine Giudiziario, e la genesi storica della disposizione, pensata per troncare la pretesa dei giudici di esercitare una funzione ermeneutica generale e in astratto, a valenza normativa.”

¹²⁸ Così PUGIOTTO A., op. cit., pag. 90, riprendendo ZINGALES M., Aspetti peculiari della legislazione, cit. 1884.

Sul punto si osserva che proprio in virtù della disponibilità temporale della funzione legislativa non vi è alcuna necessità di utilizzo di una legge di “interpretazione autentica” per agire retroattivamente e che l’elaborazione di tale categoria è funzionale ad aggirare i rigidi limiti imposti dalla Corte costituzionale alle leggi cd. retroattive nonché a non assumersi la responsabilità (politica e giuridica) di una retroattività legislativa espressamente dichiarata ¹²⁹.

5.1. Interpretazione autentica e retroattività

Alla luce delle considerazioni appena riportate rispetto a tale tipologia di legge, la cui legittimità, come vedremo, è stata acclarata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, è necessario interrogarsi sulla possibilità che queste siano sottoposte a una disciplina peculiare quanto alla loro applicazione nel tempo (potendo, ad esempio, disporre per il passato senza alcuna limitazione) oppure siano sottoposte alle medesime limitazioni poste a qualsiasi norma retroattiva (vedi supra).

Squarciando ogni velo di ipocrisia è lampante che l’unica ragione che sostiene l’esistenza di tale categoria dogmatica è la possibilità che il legislatore, servendosi di tale tipologia di leggi, emani disposizioni retroattive, aggirando i limiti imposti a quel genere di legislazione. L’interpretazione autentica esclusivamente rivolta al futuro non avrebbe alcuna utilità pratica, in quanto si sostanzierebbe in una attività di nuova legislazione, mentre la sottoposizione delle leggi di

¹²⁹ “Un conto è accollarsi la responsabilità di una retroattività legislativa espressamente dichiarata, altra cosa è perseguire l’identico risultato temporale *dissimulandolo* con la formula asettica di un’autentica interpretazione.” Così PUGIOTTO A., op. cit., pag. 97.

interpretazione autentica ai medesimi limiti delle norme retroattive si sostanzierebbe nel dissolvimento di tale autonoma categoria dogmatica.

Costituendo la questione delle retroattività “il vero nodo nevralgico della problematica attinente l’interpretazione autentica” ¹³⁰ sembra innanzitutto opportuno verificare se il binomio tra interpretazione autentica e retroattività sia realmente un binomio indissolubile. Per farlo appare opportuno soffermarsi, seppur brevemente, sulle tre teorie classiche che si sono sviluppate in relazione alle leggi interpretative: la tesi della loro natura dichiarativa, la tesi della loro natura decisoria e la tesi della loro tipicità strutturale.

Secondo la tesi della natura dichiarativa, la legge interpretativa è un mero atto di conoscenza della legge interpretata. Secondo questa teoria l’attività compiuta dal legislatore costituisce una semplice attività esegetica che non innova l’ordinamento giuridico, perché si limita a ristabilire il vero significato dell’atto legislativo, “contribuendo, in tal modo, a risolvere dubbi e incertezze sul reale significato della disposizione interpretata” ¹³¹.

La legge interpretativa, secondo i sostenitori di tale tesi, non innova il significato normativo, ma lo focalizza depurandolo da errori o incertezze esegetiche ¹³². La legge interpretativa non è quindi una nuova legge, bensì “è la legge antica rettamente intesa” ¹³³.

¹³⁰ ANZON A., *L’interpretazione autentica legislativa tra controllo di costituzionalità ed evoluzione del ruolo della legge*, in ANZON A. (a cura di) *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore: atti del seminario di Roma del 5 ottobre 2000*, Torino, 2001, pag. 9.

¹³¹ PUGIOTTO A., op. cit., pag. 109.

¹³² PUGIOTTO A., op. cit., pag. 112.

¹³³ Definizione data alla legge interpretativa dal presidente della commissione legislativa al codice civile.

Corollario naturale dell'affermazione citata è che la retroattività di tali leggi sarebbe soltanto apparente: per i sostenitori della teoria dichiarativa non è corretto parlare di retroattività della legge interpretativa, ma bisogna riferirsi ai concetti di “retroattività apparente”¹³⁴, di “retrospettività”¹³⁵, di retroattività “impropria”¹³⁶ o di “una peculiare ultrattività”¹³⁷.

Già autorevole e numerosa dottrina ha evidenziato le criticità che tale ricostruzione presenta. In particolare il fatto che la rigorosa applicazione di siffatta tesi consentirebbe alla legge di interpretazione autentica di travolgere tutte le situazioni giuridiche, anche quelle già esaurite, nelle quali vi è stata una applicazione difforme della disposizione: in tutti questi casi si sarebbe in presenza di un errore di diritto¹³⁸.

Sono evidenti le ripercussioni che ne deriverebbero per l’ordinamento in materia di diritti acquisiti, cosa giudicata, interpretazione autentica in materia penale¹³⁹.

In virtù dell’evidente postulato secondo cui gli enunciati normativi grazie alla loro intrinseca polisemia possono esprimere più significati, si aggiunge che un’eventuale intervento normativo volto a ristabilire il vero significato della disposizione (ammesso che quello possa essere in qualche modo dimostrato) si

¹³⁴ DEGNI F., *L’interpretazione della legge*, Napoli, 1909, pag. 93.

¹³⁵ PACE G., *Il diritto transitorio con particolare riguardo al diritto privato*, Milano, 1944, pag. 321.

¹³⁶ BATTAGLIA A., *La legittimità costituzionale della interpretazione autentica (a proposito di giudizi di Assise)*, in *Giustizia Penale*, 1953, I, pag. 5.

¹³⁷ PUGIOTTO A., *Interrogativi antichi (e risposte inedite) in tema di leggi e regolamenti interpretativi*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2012, pag. 2438.

¹³⁸ PUGIOTTO A., op. cit. pag. 116, riprende MARZANO G., *L’interpretazione della legge*, Milano, 1955, 179.

¹³⁹ Per approfondimento PUGIOTTO A., op. cit., pag. 117 ss. Cfr altresì DE PASQUALE I., *Interpretazione autentica e tutela del contribuente*, in *Rassegna Tributaria*, 2013, pag. 807, la quale rileva che “in accoglimento della c.d. teoria dichiarativa anche nella materia penale dovrebbe ammettersi l’utilizzo della legge interpretativa, la quale non potrebbe per definizione violare il disposto di cui all’art. 25 Cost., nulla aggiungendo a ciò che correttamente avrebbe dovuto evincersi sin dall’inizio alla legge interpretata.

concretizzerebbe in una abrogazione esplicita della disposizione *nella parte in cui consente ai giudici di ricavarne ogni altra possibile norma*. Norme la cui esistenza di fatto non può essere negata, in quanto in precedenza applicate, “erroneamente” secondo quanto stabilito dal legislatore, dai giudici.

Inoltre, non si può sottacere come il risultato della suddetta attività interpretativa sia pur sempre una disposizione, affetta anch’essa da una naturale polisemia e soggetta ad interpretazione da parte dei giudici, unici titolari di tale potere di cui il legislatore non può disporre liberamente.

La tesi decisoria postula che l’interpretazione autentica costituisca non un atto di conoscenza bensì uno specifico atto di volontà del legislatore, che sceglie quale significato, tra i molteplici ricavabili dalla disposizione interpretata, assegnare autoritativamente alla stessa ¹⁴⁰; “l’esattezza” dell’interpretazione, rispetto alla “vera” volontà del legislatore originario, non ha alcuna rilevanza.

Secondo tale tesi, la legge interpretativa “non dichiara alcunché ma pone, sempre sotto le mentite spoglie dell’interpretazione, un nuovo disposto idoneo a integrare il precedente nella sua portata normativa” ¹⁴¹.

La teoria decisoria, riconoscendo all’intervento legislativo la natura di *jus superveniens*, ci interroga sulla portata retroattiva di tali disposizioni. Secondo l’orientamento prevalente l’efficacia retroattiva della norma dipenderebbe

¹⁴⁰ ZAGREBELSKY G., *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984, pag. 92.

¹⁴¹ FREZZA G., “*Interpretazione autentica*” e diritto civile: *considerazioni a margine di un recente contributo*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2013, pag. 378 ss.

esclusivamente dalla volontà implicita del legislatore, il cui scopo è quello di applicare la legge interpretativa ai rapporti pendenti ¹⁴².

Questa visione, così come applicata dal giudice delle leggi, finisce per negare una rilevanza giuridica autonoma alle leggi di interpretazioni autentica, ma mantiene in vita tale categoria dogmatica caratterizzata da un'implicita retroattività, riconoscendole valenza meramente descrittiva e classificatoria ¹⁴³. Per tale tipologia di leggi, la naturale irretroattività prevista dall'art. 11 delle Preleggi, lascia spazio alla naturale retroattività.

Le principali critiche rivolte a quest'ultima impostazione si fondano su una duplice considerazione: in quanto atto legislativo, la disposizione interpretativa è sempre reinterpretabile; inoltre la naturale efficacia retroattiva della legge interpretativa ha un fondamento consuetudinario *contra legem*.

Questo secondo punto preoccupa non poco la dottrina, che ha definito tale tesi “illegittima” ¹⁴⁴ in quanto il legislatore solo affermando espressamente ed eccezionalmente l'efficacia ex tunc della legge può derogare al principio di irretroattività.

La tesi in oggetto, se da un lato ha il merito di negare, una volta per tutte, la natura cognitiva dell'interpretazione legislativa, dall'altro lato, con l'obiettivo di mantenere in vita uno strumento troppo caro ai nostri legislatori, mantiene in piedi il binomio legge interpretativa–retroattività poggiandolo su basi consuetudinarie, in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento.

¹⁴² PUGIOTTO A., op. cit., pag. 137.

¹⁴³ PUGIOTTO A., op. cit., pag. 139.

¹⁴⁴ PUGIOTTO A., op. cit., pag. 157.

La tesi della tipicità strutturale parte dalla considerazione che le leggi di interpretazione autentica non si caratterizzerebbero tanto per natura o funzione quanto piuttosto per una la tipica conformazione assunta dalle stesse. Secondo i sostenitori di tale teoria, l'elemento strutturale tipico è rappresentato dal rapporto che sussiste tra legge interpretante e legge interpretata. Per tale tesi "la disposizione interpretativa si riferisce ad altra disposizione di cui chiarisce un aspetto, ma non la sostituisce: in concreto la disciplina da applicare va ricavata e dalla disposizione interpretata e dalla disposizione interpretativa"¹⁴⁵.

Così come argomentato dalla Corte di Cassazione, a cui si deve l'elaborazione originaria della teoria, al fine di individuare una legge di interpretazione autentica "occorre aver riguardo alla struttura della fattispecie la quale deve instaurare una imprescindibile *relatio* tra la norma *interpretanda* e quella interpretativa, in funzione dell'efficacia retroattiva che si vuol dare all'interpretazione imposta"¹⁴⁶.

A tale tesi è sembrata aderire (vedi infra) la Corte costituzionale, che con la sentenza 455/1992 ha affermato che va "riconosciuto il carattere interpretativo a una legge la quale fermo restando il testo della norma interpretata, ne chiarisca il significato normativo e privilegi una delle tante interpretazioni possibili di guisa che il contenuto precettivo sia espresso dalla coesistenza di due norme, quella precedente e quella successiva, che ne esplicita il significato, e che rimangono entrambe in vigore."

Una simile impostazione viene fortemente criticata da chi ritiene che la natura "strumentale e non "materiale" attribuita alla legge interpretante costituisca una

¹⁴⁵ RESCIGNO G. U., *Leggi di interpretazione autentica e leggi retroattive non penali incostituzionali*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1964, pag. 776.

¹⁴⁶ Corte di Cassazione, I sezione civile, 29 Luglio 1974 n. 2289.

fictio iuris che serve ad accreditare una presunta differenza tra legge interpretativa e una comune legge innovativa ¹⁴⁷. Le obiezioni sollevate riguardano soprattutto “la tenuta logico-giuridica” della tesi in esame, in quanto il connubio strutturale tra legge interpretata e legge interpretativa, coesistenti nonostante dettino discipline differenti per la medesima fattispecie, si pone in contrasto con il principio cronologico che regola la successione temporale delle fonti del diritto. Secondo la critica, “legge interpretata e legge interpretante, dato il carattere innovativo di questa, presentano una contraddizione sintattica tipica dell’abrogazione per incompatibilità, eppure di abrogazione non si tratta perché vanno considerate entrambe contestualmente in vigore” ¹⁴⁸.

Analizzate le teorie classiche sulla natura delle leggi interpretative, e le fondate perplessità della dottrina intorno ai postulati che ne derivano, è opportuno, al fine di elaborare una risposta al quesito posto all’inizio di questo paragrafo, soffermarsi sull’evoluzione dell’approccio adottato dalla Corte costituzionale in relazione alle leggi interpretative. Un atteggiamento mutato negli anni, che come abbiamo visto, ha portato la Corte ad abbracciare alternativamente alcune delle tesi elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza e che di recente ha subito non poche influenze da parte della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo che ha rimesso in discussione posizioni ormai consolidate del giudice delle leggi.

¹⁴⁷ PUGIOTTO A., op. cit., pag. 174.

¹⁴⁸ PUGIOTTO A., op. cit., pag. 180.

5.2. L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale

In merito all'ammissibilità nel nostro ordinamento delle leggi di interpretazione autentica e alla loro portata retroattiva, la Corte costituzionale si è espressa in numerose occasioni sin dai primi anni della sua attività. La sentenza 118 del 1957, pur non rappresentando la prima sentenza in cui la Corte sia stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità delle leggi di interpretazione autentica ¹⁴⁹, rappresenta una pietra miliare nello sviluppo della giurisprudenza costituzionale in materia.

Nella sentenza, fortemente contestata da alcuni autori, la Corte afferma innanzitutto la legittimità dello strumento della interpretazione autentica in quanto “la Costituzione non esclude la possibilità di leggi interpretative, e, come tali retroattive. Manca nella Carta costituzionale qualsiasi limitazione di ordine generale al riguardo”. Inoltre nella medesima pronuncia la Corte sostiene altresì che quello delle leggi di interpretazione autentica “è un istituto comunemente ammesso da altri ordinamenti statali che posseggono i caratteri di Stato di diritto e di Stato democratico” e che non è esatto ritenere che “l’emanazione di leggi interpretative incida necessariamente sul principio della divisione dei poteri, interferendo necessariamente nella sfera del potere giudiziario” ¹⁵⁰.

¹⁴⁹ La questione concernente la compatibilità costituzionale delle leggi interpretative era già stata posta precedentemente dinanzi al giudice delle leggi, ma lo stesso con la sentenza n. 44 del 1957 aveva preferito non prendere un'esplicita posizione sul punto rimandando la trattazione della problematica ad una successiva occasione. Per approfondimenti, PUGIOTTO A., op. cit., pag. 99 ss..

¹⁵⁰ Corte costituzionale, sent. N. 118/1957.

Nella successiva giurisprudenza costituzionale, correttamente definita dalla dottrina “oscillante e contraddittoria” ¹⁵¹, non è dato riscontrare una definizione uniforme dei criteri utilizzati per vagliare la legittimità costituzionale delle disposizioni di interpretazione autentica.

Negli anni la Corte ha alternato pronunce nelle quali manifesta la tendenza ad assimilare le leggi di interpretazione autentica alle altre leggi dotate di efficacia retroattiva ¹⁵² e pronunce nelle quali, dopo aver elaborato una definizione del modello di legge interpretativa quale parametro di riconoscibilità di tale tipologia di legge, censura l’eventuale non corrispondenza tra l’autoqualificazione della disposizione come interpretativa e il suo contenuto normativo ¹⁵³.

Per quanto riguarda la prima tipologia di pronunce l’attenzione della corte è rivolta a verificare che la retroattività di cui la legge interpretativa è ritenuta, a torto o a ragione, “naturale portatrice” trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si ponga in contrasto con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti” ¹⁵⁴. In ordine al profilo della ragionevolezza, nella giurisprudenza costituzionale è consolidata l’affermazione secondo cui “la norma che derivi dalla legge di interpretazione autentica non può ritenersi irragionevole

¹⁵¹ PUGIOTTO A., *Interrogativi antichi (e risposte inedite) in tema di leggi e regolamenti interpretativi*, op. cit., pag. 2441.

¹⁵² Corte costituzionale n. 229/1999 con la quale la Corte afferma che “non è affatto decisivo verificare se la norma censurata abbia carattere effettivamente interpretativo ovvero sia una norma innovativa con efficacia retroattiva.” Corte costituzionale n. 432/1997 con la quale la Corte specifica che “tanto nel caso della norma propriamente interpretativa quanto in quello della norma semplicemente retroattiva, questa Corte ha già precisato che la legge rimane pur sempre soggetta al controllo di conformità rispetto al canone generale della ragionevolezza”. Vedi anche Corte costituzionale n. 376/1995 e n. 153/1994.

¹⁵³ Corte costituzionale 233/1988 con la quale la Corte afferma che a fronte di una legge che si autoqualifichi come interpretativa è proprio compito “verificare ai fini del giudizio di legittimità costituzionale se la qualificazione e la formulazione siano veramente rispondenti al contenuto dispositivo della legge medesima”.

¹⁵⁴ Corte costituzionale, Sentenza n. 229/1999.

ove si limiti ad assegnare alla disposizione interpretata un significato già in essa contenuto riconoscibile come “una delle possibili letture del testo originario” ¹⁵⁵. Una considerazione che rimanda alla già illustrata teoria decisoria (vedi supra) secondo la quale con la legge di interpretazione autentica il legislatore può scegliere, vincolando gli interpreti, uno tra i possibili significati attribuibili alla norma in sede di interpretazione.

Per quanto riguarda la seconda categoria di pronunce della Corte, nelle quali viene censurato l’uso distorto della funzione dell’interpretazione autentica, appare necessario sottolineare una ulteriore incongruenza: se da un lato nella giurisprudenza della corte compare la distinzione tra interpretazione legislativa vera e interpretazione legislativa falsa, dall’altro i criteri adoperati per distinguere l’una dall’altra non sono mai gli stessi ¹⁵⁶.

Per quanto riguarda l’evoluzione della giurisprudenza costituzionale nell’ultimo ventennio alcuni autori ¹⁵⁷, dalla lettura di alcune decisioni della Corte ¹⁵⁸, hanno rilevato come la stessa sembri dirigersi con sempre maggiore decisione a sposare l’idea dell’assimilazione delle leggi interpretative alle leggi retroattive, e della loro conseguente pari sottoposizione al medesimo parametro di controllo della ragionevolezza e di altri principi o valori costituzionali specificamente protetti.

¹⁵⁵ Corte costituzionale, Sentenza 274/2006.

¹⁵⁶ Ciò a causa del fatto che la Corte non ha sciolto una volta per tutte l’alternativa tra teoria dichiarativa e teoria decisoria. Osservazione valida tutt’oggi condivisa da PUGIOTTO A., *Interrogativi antichi*, op. cit. pag. 2441

¹⁵⁷ ANZON A., *L’interpretazione autentica legislativa tra controllo di costituzionalità ed evoluzione del ruolo della legge*, in ANZON A. (a cura di) *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore*, Atti del Seminario di Roma del 5 ottobre 2000, Torino, 2001, pag. 5

¹⁵⁸ Corte costituzionale, Sentenza n. 234/2007 che riprende le già citate sentenze n. 432/1997, n. 229/1999, n. 374/2000 e n. 419/2000

Allo stesso tempo non può rilevarsi come tale orientamento, di recente ripreso dalla Corte in seguito al serrato dialogo con la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (vedi *infra*), sia stato più volte abbandonato dalla Corte, la cui giurisprudenza è arrivata ad ammettere, in contrasto con la teoria appena illustrata, la possibilità che la pseudointerpretatività di una legge possa essere sanzionata come autonomo profilo di incostituzionalità di una legge.

È appena il caso di rilevare che, fino al verificarsi della frontale contrapposizione con la Corte di Strasburgo sul tema delle leggi interpretative generata dal caso Agrati (vedi *supra*), la giurisprudenza della Consulta era stata parecchio indulgente nei confronti del legislatore. In quest’ottica si colloca la sentenza 525 del 2000 con la quale la Corte costituzionale ha di fatto ampliato la possibilità per il legislatore di ricorrere alle disposizioni di interpretazione autentica, affermando che queste “possono essere adottate non solo in caso di incertezza nell’applicazione del diritto o quando vi siano contrasti giurisprudenziali, ma anche quando la scelta imposta dalla legge rientri tra le possibili varianti di senso del testo originario, vincolando in tal modo il significato della norma stessa”. Tale orientamento, come vedremo successivamente, è stato di recente modificato in senso più restrittivo dalla Corte costituzionale con la sentenza 15/2012 probabilmente nel tentativo di rendere omogenei i criteri utilizzati dalla Consulta con quelli elaborati dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo.

La necessità di elaborare criteri più stringenti per limitare il fenomeno delle leggi di interpretazione autentica diventa sempre più urgente in considerazione del fatto che tale strumento, finalizzato a provvedere ai valori della sicurezza e dell’uguaglianza dei diritti messi in pericolo da una legge oscura, è stato usato, in

una sorta di eterogenesi dei fini, per rispondere a ben altre necessità trasformandosi in un “male purulento”¹⁵⁹ capace di attentare alla sicurezza e alla certezza dei rapporti giuridici, specialmente in materia tributaria.

5.3. Il dialogo tra la Corte costituzionale e la Corte EDU in materia di leggi di interpretazione autentica

La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ha manifestato costantemente nella propria giurisprudenza un atteggiamento di indifferenza rispetto alla classificazione di alcuni interventi legislativi nel novero delle cd. leggi di interpretazione autentica e “non si è mai lasciata convincere dall’argomento secondo cui questi tipi di leggi non comporterebbero alcun particolare attentato all’obiettività della giurisdizione essendo il giudice soggetto a queste come a tutte le altre leggi”¹⁶⁰. Secondo la consolidata giurisprudenza dei giudici di Strasburgo, già richiamata nelle pagine precedenti, ai fini di valutare l’illegittimità dell’intervento retroattivo per violazione dell’art. 6 CEDU “non rileva che il giudice abbia imposto un’opzione esegetica già fatta propria da parte della giurisprudenza”¹⁶¹.

La più recente giurisprudenza della Corte costituzionale si mostra incerta nel recepire gli orientamenti maturati in seno alla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo. Tale incertezza emerge con chiarezza dal confronto di due pronunce della Corte, la sentenza n. 15/2012 e la sentenza n. 78/2012.

¹⁵⁹ Cfr. MASTROIACOVO V., *Esiste davvero la legge di interpretazione autentica?* In *Rivista di diritto tributario* pag. 534.

¹⁶⁰ MASSA M., *La sostanza della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2009, pag. 4684.

¹⁶¹ MASSA M., *op. cit.*, pag. 4684.

Con la prima pronuncia, relativa alla legittimità di una legge ¹⁶² retroattiva che imponeva la doppia contribuzione INPS per i casi di svolgimento contemporaneo della duplice attività di amministratore e di socio esercente attività di vendita, la Corte dichiara infondata la questione di illegittimità costituzionale sollevata dal giudice a quo, fondando il suo giudizio sull'accertamento della natura effettivamente interpretativa della norma.

In detto modo la Consulta sembra accedere all'illustrato orientamento che ritiene che qualora una legge sia "realmente interpretativa", e cioè attribuisca alla norma interpretata uno dei significati ricompresi nella gamma dei significati a essa originariamente attribuibili, questa possa essere sottratta al controllo di costituzionalità in ordine alla violazione del principio di retroattività ¹⁶³.

Appare incomprensibile l'atteggiamento del giudice delle leggi che, a fronte di un orientamento restrittivo espresso dalla giurisprudenza della Corte EDU, non soltanto non si avvicina all'idea dello *strict scrutiny* operato dalla Corte Europea, ma anzi allarga le maglie del proprio sindacato ritenendo assorbita nell'esistenza di alcuni criteri, quali ad esempio l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale, qualsiasi altra censura di costituzionalità della legge interpretativa ¹⁶⁴.

Con la seconda pronuncia, relativa alla legittimità costituzionale di disposizioni ¹⁶⁵ di interpretazione autentica relative alla decorrenza dei termini per la prescrizione

¹⁶² La questione riguardava la legittimità costituzionale dell'articolo 12, comma 111 del decreto-legge 31 maggio 2010 n. 78 convertito, con modificazioni, dall'articolo 1 comma 1 della legge 30 luglio 2010 n. 122.

¹⁶³ COLASANTE P., *Una legge di interpretazione autentica per "fare cassa": un'occasione perduta per tracciare i limiti dei provvedimenti anti-crisi*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2012, pag.174.

¹⁶⁴ COLASANTE P., op. cit., pag. 179.

¹⁶⁵ La questione aveva ad oggetto l'articolo 2 comma 61 del decreto legge 29 dicembre 2010 n. 225 convertito, con modificazioni dalla legge 26 febbraio 2011 n. 10.

dei diritti nascenti in merito alle operazioni bancarie regolate dall'art. 2935 c. c., la Corte accoglie le censure sollevate dal giudice a quo, dichiarando illegittime le disposizioni oggetto del giudizio per contrasto con l'art. 3 della Costituzione, "perché la norma censurata, facendo retroagire la disciplina in esso prevista, non rispetta i principi generali di eguaglianza e ragionevolezza"¹⁶⁶ e con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 6 della Convenzione europea, come interpretato dalla Corte di Strasburgo.

Due gli elementi degni di nota in tale pronuncia. In primo luogo la Corte sembra aprire, seppur con timidezza, all'indirizzo della CEDU che tende a considerare le leggi di interpretazione autentica alla stregua di qualsiasi legge retroattiva.

Affermando che "il legislatore può emanare norme retroattive, anche di interpretazione autentica (...) purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale che costituiscono altrettanti motivi imperativi di interesse generale"¹⁶⁷, la Corte aderisce alla considerazione che ciò che rileva non è il fatto che la legge sia di interpretazione ma che la legge sia retroattiva, sostenendo implicitamente che oggetto delle valutazioni non debba essere l'autoqualificazione della legge come "interpretazione autentica" quanto la legittimità della sua retroattività¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Corte costituzionale, sentenza 78/2012.

¹⁶⁷ Corte costituzionale, Sentenza 78/2012.

¹⁶⁸ Posizione già timidamente affermata dalla Corte con la Sentenza 41/2011 con la quale affermava che "il legislatore può approvare sia disposizioni di interpretazione autentica che chiariscono la portata precettiva della norma interpretata fissandola in un contenuto plausibilmente già espresso dalla stessa, sia norme innovative con efficacia retroattiva" ma in entrambi casi "ciò che rileva è che la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza in una prospettiva di stretto controllo, da parte della Corte, di tale requisito, e non contrasti con valori ed interessi costituzionalmente protetti."

In secondo luogo la sentenza introduce significativi elementi di novità in relazione agli indicatori di illegittimità: da segnalare, in particolare, il fatto che per la prima volta la Corte abbia considerato come argomento su cui fondare l'illegittimità di una disposizione interpretativa l'esistenza di una giurisprudenza di legittimità univoca ¹⁶⁹, discostandosi dal proprio precedente orientamento secondo cui l'emanazione di una legge di interpretazione autentica non presuppone necessariamente l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sulla valenza precettiva della lettera della previsione ¹⁷⁰.

A confermare l'assoluta incertezza della giurisprudenza della Consulta sul tema delle leggi retroattive è la lettura della già citata (vedi supra) sentenza 264/2012, riguardante il caso delle cd. "pensioni svizzere" ¹⁷¹ che, come rilevato da autorevole dottrina ¹⁷², segna una nuova battuta d'arresto nel dialogo tra Corte costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Uno stop tale da spingere i commentatori a parlare di una prudente sospensione dell'uso del termine dialogo per sostituirlo con le più realistiche espressioni di "doppio monologo tra parlanti

¹⁶⁹ In tal senso MASSA M., *Difficoltà di dialogo. Ancora sulle divergenze tra Corte costituzionale e Corte Europea in tema di leggi interpretative*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2012, pag. 171. L'autore sottolinea altresì come la Corte tuttavia non abbia ritenuto di poter fondare esclusivamente su tale argomento la declaratoria di illegittimità, aggiungendo a tale argomento diffuse argomentazioni su come l'interpretazione adottata dal legislatore non fosse intrinsecamente plausibile, né costituzionalmente apprezzabile.

¹⁷⁰ Corte costituzionale, Sentenza 209/2010 e Corte costituzionale 71/2010.

¹⁷¹ La sentenza riguardava una legge di interpretazione autentica con la quale lo Stato, in contrasto con la giurisprudenza, avallava la posizione dell'INPS che aveva rifiutato la pretesa di accedere a una pensione liquidata in base a criteri puramente retributivi da parte di cittadini che, avendo lavorato in Svizzera e lì versato i modesti contributi richiesti dalla legge locale, si fossero avvalsi dei patti italo-elvetici sulla sicurezza sociale per trasferire i contributi in Italia e qui pretendere una pensione liquidata in base a criteri puramente retributivi.

¹⁷² MASSA M., *La sentenza n. 264 del 2012 della Corte costituzionale: dissonanza tra le corti sul tema della retroattività*, in *Quaderni Costituzionali*, 2013, pag. 137 ss..

lingue diverse”¹⁷³ o, più realisticamente, di “contrappunto con crescenti dissonanze”¹⁷⁴.

Il percorso avviato con la sopra citata sentenza n. 78/2012, verso l’armonizzazione con i canoni di Strasburgo, viene bruscamente arrestato dalla sentenza n. 264 nella quale la Corte fa “il controcanto” alla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo che si era già pronunciata sul medesimo caso (Maggio e altri c. Italia nn. 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08, 56001/08) affermando la contrarietà della norma in questione all’art. 6 della CEDU¹⁷⁵.

Come abbiamo potuto già analizzare nelle pagine precedenti tale sentenza interviene sul tema dei rapporti tra i principi della CEDU, così come interpretati dalla Corte di Strasburgo, e gli eventuali “controlimiti” derivanti dai principi costituzionali. Con la stessa la Corte non modifica il proprio orientamento sulla necessità che le leggi di interpretazione autentica siano sottoposte, al pari di ogni altra legge retroattiva, a uno stretto controllo della Corte sul piano della ragionevolezza: orientamento che peraltro viene ribadito con la recentissima sentenza n. 308/2013.

Non si può non rilevare, così come già fatto in dottrina¹⁷⁶, che la mancanza di una piena adesione della Corte agli orientamenti giurisprudenziali manifestati dalla Corte Europea, e il rifiuto della stessa di motivare in punto di ragionevolezza e di

¹⁷³ RUGGERI A., *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale (“a prima lettura” di Corte Cost. n. 264/2012)* in Consulta Online.

¹⁷⁴ MASSA M., *La sentenza n. 264 del 2012*, op. cit., pag. 138.

¹⁷⁵ Apprezzando invece come ragionevole l’intervento retroattivo alla luce del parametro rappresentato dagli articoli P1-1 e 14 CEDU.

¹⁷⁶ COLASANTE, op. cit., pag. 180.

tutela dell'affidamento circa la legittimità delle norme interpretative non può che suonare come una occasione perduta.

5.4. Conclusioni: leggi interpretative, il dissolvimento di una categoria dogmatica

La fragilità delle argomentazioni poste a sostegno delle tesi classiche e la portata innovativa delle recenti pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nonostante la limitata capacità di ascolto dimostrata dalla Consulta, spinge chi scrive a ripercorrere la strada, già indicata da autorevole dottrina, di considerare l'attività di interpretazione autentica come un normale esercizio del potere legislativo ¹⁷⁷.

Con le proprie pronunce la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo palesa l'inganno celato dietro il velo dell'interpretazione autentica già squarciato dalla lucida analisi di Pugiotto: "La legge interpretativa si rivela per quella che è, una comune legge ordinaria; innovativa dell'ordinamento giuridico; abrogativa della legge anteriore (apparentemente) fatta oggetto d'interpretazione; priva di una intrinseca retroattività e, limitatamente alle eventuali disposizioni retroattive, sottoposta ai medesimi limiti elaborati dalle Corti per le altre leggi."

In considerazione del fatto che "l'interpretazione autentica non costituisce nient'altro che autentica legislazione" ¹⁷⁸ e che pertanto il sindacato di

¹⁷⁷ PUGIOTTO A., op. cit., pag. 189 ss.

¹⁷⁸ SORRENTI G, *La tutela dell'affidamento leso da un overruling processuale corre sul filo della distinzione tra natura creativa e natura dichiarativa della giurisprudenza*, in *Rivista Telematica AIC*, 1/2012 pag. 4 riprendendo PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2003, pag. 196.

costituzionalità di tali disposizione in nulla si differenzia rispetto a quello a cui vanno incontro tutte le altre norme aventi efficacia retroattiva ¹⁷⁹, risulta evidente l'inutilità di tale categoria dogmatica, che si dissolve insieme all'inganno operato dal legislatore: inganno peraltro assolutamente non necessario nel caso in cui il legislatore intenda effettivamente perseguire motivi di interesse generale degni di tutela ¹⁸⁰.

Sulla questione della dissoluzione del binomio legge interpretativa-retroattività appare altresì opportuno sottolineare, come già fatto da autorevole dottrina ¹⁸¹, che già l'adesione della Corte costituzionale alla tesi della natura innovativa della legge interpretativa dissolve ogni difficoltà di ordine logico-giuridico a immaginare che le leggi interpretative siano soggette alla consueta *lex temporis*.

La caducazione del binomio legge interpretativa-naturale retroattività comporta il fatto che, tutte le volte in cui il legislatore non espliciti la natura retroattiva della legge, tale legge avrà efficacia soltanto per il futuro, mentre in caso di indicazione esplicita della retroattività la legittimità di tale legge andrà valutata alla stregua di ogni legge retroattiva: tuttalpiù la ricorrenza degli elementi che caratterizzano le disposizioni di interpretazione autentica, prescindendo dalla qualificazione formale della legge, potrà essere utilizzata dalle Corti ¹⁸² come elemento

¹⁷⁹ In tal senso CASTORINA E., *Spunti problematici a proposito d'una sentenza della corte in materia di leggi regionali interpretative*, in *Le Regioni*, 1990, pag. 1975, secondo il quale che la legge interpretativa non differisce nella sostanza da una qualsiasi legge retroattiva, gravata da tutti i limiti propri di essa.

¹⁸⁰ "In eterno sicuri gli abitatori del Paradiso si vede come non han da nascondere difetto alcuno; e per conseguenza la dissimulazione rimane in terra, dove ha tutti i suoi negozi." ACCETTO T., *Della dissimulazione onesta*, Genova, 1983.

¹⁸¹ LIBONE E., *La fisionomia delle leggi di interpretazione autentica*, in ANZON A. (a cura di) *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore*, Torino, 2001, pag. 133.

¹⁸² In tal senso già la Corte costituzionale con la sentenza 229 del 1999 che osserva come "la funzione di interpretazione autentica della legge retroattiva possa venire in rilievo sotto l'aspetto del controllo di ragionevolezza".

presuntivo di ragionevolezza della norma ¹⁸³, che legittima uno scrutinio “a maglie larghe” da parte del giudice delle leggi.

6. La retroattività in materia tributaria

All'interno della presente trattazione intorno alla legittimità delle norme retroattive nel nostro ordinamento, le disposizioni retroattive in materia tributaria meritano particolare attenzione in quanto, al pari di quanto accade in materia penale, si tratta di disposizioni capaci di comprimere notevolmente i diritti e le libertà del cittadino ¹⁸⁴.

Oggetto di questa breve riflessione intorno alla retroattività in materia tributaria sarà la possibilità di configurare nel nostro ordinamento un principio di irretroattività (inderogabile) in materia tributaria, o in via subordinata, di verificare l'esistenza di limiti ancor più stringenti alla possibilità per il legislatore di derogare così al generale principio di irretroattività della legge (vedi supra).

In assenza di uno specifico divieto di retroattività a livello costituzionale in materia tributaria, non possiamo non rilevare quanto la giurisprudenza costituzionale abbia imposto nel tempo notevoli limiti, ancor più stringenti rispetto a quelli previsti per altre tipologie di leggi, alla facoltà per il legislatore di

¹⁸³ In tal senso ANZON A., op. cit, pag. 6 “il carattere realmente interpretativo della legge potrebbe fungere di per sé da causa giustificativa della deroga al principio di irretroattività”. Non si può però concordare con l'autrice quando afferma che il carattere “realmente interpretativo” della legge possa essere sufficiente a rappresentare da solo una causa giustificativa della deroga.

¹⁸⁴ Non a caso, sia la materia penale che quella tributaria sono assistite, come noto, da garanzie costituzionali quali la riserva di legge e il principio di stretta legalità, entrambi costituenti limiti insuperabili, in quanto disposizioni poste a tutela di diritti inviolabili. Lo stesso non accade, quantomeno esplicitamente, per il principio di irretroattività.

emanare disposizioni tributarie retroattive ¹⁸⁵ ancorando la legittimità di queste ultime al principio della capacità contributiva (codificato nell'art. 53 della Costituzione) che non può non essere "effettiva, attuale e concreta" ¹⁸⁶.

La Corte sin dalle sue primissime pronunce sostiene che una legge tributaria retroattiva non comporta necessariamente la violazione del principio di capacità contributiva. Sarà di volta in volta compito della corte "verificare in relazione alla singola legge tributaria se questa, con l'assumere a presupposto della prestazione un fatto o una situazione passata o con l'innovare, estendendo i suoi effetti al passato, gli elementi dai quali la prestazione trae i suoi caratteri essenziali abbia spezzato il rapporto che deve sussistere tra imposizione e capacità contributiva e abbia così violato il precetto costituzionale" ¹⁸⁷.

Esemplare in tal senso la sentenza n 44/1966 con la quale la Corte costituzionale dichiarò illegittimo l'art. 25 comma 2 della legge 5 marzo 1963 n. 246 che istituiva un'imposta sugli incrementi di valore delle aree fabbricabili, con effetto anche per coloro che avessero alienato aree posteriormente ad una certa data di riferimento, fissata comunque prima dell'entrata in vigore della legge, finendo con il tassare plusvalori realizzati anche dieci anni prima. In quel caso la Corte ravvisò la violazione del principio di capacità contributiva ritenendo che l'efficacia retroattiva non fosse sorretta da alcuna razionale presunzione che gli effetti economici dell'alienazione e del valore realizzato fossero ancora permanenti.

¹⁸⁵ È appena il caso di precisare che appartengono alla casistica delle norme tributarie retroattive non soltanto quelle che dispongono che "determinati effetti si verifichino posteriormente alla sua entrata in vigore, relativamente a fatti posti in essere anteriormente", ma altresì quelle norme che "specie nelle cosiddette leggi finanziarie, intervengono pochi giorni prima della chiusura del periodo di imposta e sono dichiarati applicabili all'intero periodo, vedi MARONGIU G., Sulla legittimità costituzionale delle norme tributarie retroattive, in Rivista di diritto tributario internazionale, 2009, n. 3, pag. 72.

¹⁸⁶ Corte Cost. 26 giugno 1965 n. 50.

¹⁸⁷ Corte Cost. 26 giugno 1964 n. 45.

Nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte, il riferimento al principio di capacità contributiva è rimasto un punto saldo che ha indotto la stessa a valutazioni da operare alla stregua del canone di ragionevolezza. Criterio, quest'ultimo che, come si è più volte sottolineato nella presente trattazione, la Corte costituzionale sembra adoperare in tutti i casi in cui vengono in questione problemi di diritto intertemporale ¹⁸⁸.

L'utilizzo del principio della capacità contributiva come argine alla legislazione retroattiva, anche in relazione alla indeterminatezza dei limiti che la Corte ne ha ricavato, è stato ampiamente criticato in dottrina nella misura in cui costituisce un limite "più apparente che reale" ¹⁸⁹. Un baluardo già di per sé labile ancor più vanificato da una giurisprudenza ¹⁹⁰ "politicamente necessitata" del giudice delle leggi, che riduce tutto a discrezionalità legislativa con il solo limite dell'irragionevolezza e arbitrarietà ¹⁹¹.

Un elemento di novità all'interno del dibattito sulla retroattività delle norme tributarie è rappresentato dall'approvazione con legge 212/2000 dello Statuto dei diritti del contribuente che sancisce all'art. 3 il principio di irretroattività delle

¹⁸⁸ CARIOLA A., *Retroattività*, in Dizionario di Diritto Pubblico, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, pag. 5173.

¹⁸⁹ In tal senso DORIGO S., *Il divieto di retroattività delle norme tributarie: spunti ricostruttivi a partire da una recente sentenza sull'abuso del diritto*, in Rivista di Diritto Tributario, pag. 625 il quale richiama l'opera di FALSITTA G., *Giustizia tributaria e tirannia fiscale*, Milano, 2008, pag. 536 che osserva come "dire che una retroattività decennale, ventennale o secolare è illegittima equivale né più né meno a sfondare una porta aperta" e si domanda se debba condividersi l'assioma che una norma retroattiva per essere incostituzionale debba andare tanto indietro nel tempo.

¹⁹⁰ Un esempio di tale giurisprudenza, fortemente criticata dalla dottrina, è possibile ravvisarlo nella sentenza 315/1994 con la quale la Corte costituzionale ha affermato la legittimità di una legge tributaria retroattiva (la legge 413/1991) sulla base della considerazione che "quel che la legge decise di tassare nel 1991 era prevedibile che così fosse deciso fin dal 1989, ossia tre anni prima, senza chiarire come è perché fosse tanto agevole prevedere con un triennio di anticipo tale intervento del legislatore. In tal senso FALSITTA G., *Recupero retroattivo degli "aiuti di stato*, op. cit., pag. 657.

¹⁹¹ In tal senso MOSCHETTI F., *Il "principio democratico" sotteso allo Statuto dei diritti del contribuente e la sua forza espansiva*, in Rivista di Diritto Tributario, 2011, pag. 740.

disposizioni tributarie ¹⁹², positivizzando quel valore fondante della civiltà giuridica che trova riconoscimento nella locuzione latina “*nullum tributum sin lege previa*”.

Parte della dottrina rileva come l’approvazione dello Statuto dei diritti del contribuente, con l’espressa codificazione ivi contenuta del principio di irretroattività delle disposizioni tributarie, non abbia contribuito a portare particolare chiarezza nell’ordinamento, amplificando anzi i contrasti interpretativi ora alimentati dalla particolare forma, legge ordinaria e quindi di livello sub-costituzionale, assunta dallo Statuto e dai conseguenti dubbi sulla reale tenuta dei suoi principi ¹⁹³.

Altra dottrina rileva invece che, con l’entrata in vigore dello Statuto del Contribuente, si ha sostanzialmente una esplicitazione di principi costituzionali, quali la tutela dell’affidamento e l’irretroattività delle leggi tributarie, “immanenti” ¹⁹⁴ in tutti i rapporti di diritto pubblico. Principi il cui radicamento nella nostra Costituzione è stato argomentato dalla dottrina attraverso il riferimento agli articoli 1, 2, 3, 41, 47 e 53 della Costituzione.

¹⁹² L’art. 3 dello Statuto pone un principio generale secondo cui “le disposizioni tributarie non hanno effetto retroattivo” e stabilisce altresì rispetto ai tributi periodici che “le modifiche introdotte si applicano solo a partire dal periodo di imposta successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore delle disposizioni che le prevedono”.

¹⁹³ In tal senso DORIGO S., op. cit., pag. 613. Lo stesso autore sottolinea nelle pagine successive (620) come la cristallizzazione in una disposizione scritta del principio di irretroattività in materia tributaria ne abbia indebolito la percezione da parte degli interpreti, che non lo percepiscono più (o ancora) come principio generale dell’ordinamento.

¹⁹⁴ Cfr. Cass. Civ., Sez. V, 10.12.2002 n. 17576 Sulla rilevanza dell’art. 3 come esplicitazione di un principio costituzionale vedi anche Cassazione, sez. trib., sentenza 14 aprile 2004 n. 7080 ove si legge che “ogni qualvolta una normativa fiscale sia suscettibile di una duplice interpretazione, una che ne comporti la retroattività e una che l’escluda, l’interprete dovrà dare preferenza a questa seconda interpretazione come conforme a criteri generali introdotti con lo Statuto del contribuente e attraverso di essi ai valori costituzionali intesi in senso ampio e interpretati dallo stesso legislatore con lo Statuto.”

La natura super-legislativa dell'art. 3, che diviene obbligato riferimento non soltanto per gli interpreti ma altresì per il legislatore, viene fondata da parte della dottrina ¹⁹⁵ anche sull'esistenza di un "*fil rouge*" che lega il suddetto articolo all'art. 1 comma 1 dello Stato che contiene l'autoqualificazione della legge quale provvedimento attuativo della Costituzione, le cui norme costituiscono "principi generali".

La giurisprudenza della Corte costituzionale se da un lato ha negato costantemente la rilevanza dell'art. 3 dello Statuto del Contribuente quale parametro interposto di costituzionalità delle leggi ¹⁹⁶ dall'altro lo ha valorizzato quale mero ausilio interpretativo ¹⁹⁷.

Tale impostazione della Corte, secondo l'opinione di chi scrive, non è idonea a supportare la tesi relativa all'inesistenza di un principio di irretroattività (inderogabile) in materia tributaria, quanto piuttosto a scartare che l'esistenza di tale principio possa essere fatta derivare dall'art. 3 dello Statuto, dovendosi guardare invece "alla trama di principi e valori già presente nel tessuto della Costituzione."

L'esistenza dell'art. 3 dello Statuto, può costituire tutt'al più argomento di prova dell'esistenza nella Costituzione di tale generale principio, ma nulla aggiunge al livello di tutela già previsto in Costituzione e mai pienamente garantito dal giudice delle leggi. Così come rilevato in dottrina esso rappresenta uno strumento

¹⁹⁵ DORIGO S., op. cit., pag. 620.

¹⁹⁶ Vedi a esempio Corte costituzionale, ord. 6 Luglio 2004 n. 216; orientamento recentemente ribadito con la Sentenza 25 luglio 2011 n. 247 nella quale la corte ribadisce come l'art. 3 dello Statuto "non può essere evocato quale parametro di legittimità costituzionale" non avendo le disposizioni dello stesso "rango costituzionale" e non costituendo "neppure come norme interposte parametro idoneo a fondare il giudizio di legittimità costituzionale di leggi statali."

¹⁹⁷ In tal senso DORIGO S., op. cit., pag. 618.

utile “a traghettare l’interprete verso quel complesso di valori costituzionali che esso ha semplicemente posto in luce mediante la propria formulazione concreta”¹⁹⁸.

Così come argomentato in dottrina, non si tratta di sminuire lo Statuto, che ha il merito di esplicitare l’esistenza di tale principio nell’ordinamento tributario, quanto piuttosto di prendere atto che la matrice costituzionale dell’irretroattività consente di collocarla in un contesto più ampio ¹⁹⁹ e dire a essa la giusta collocazione tra i principi fondamentali sui quali si poggia il nostro ordinamento.

Tali riflessioni ci spingono a considerare l’art. 3 dello Statuto del Contribuente come una disposizione a contenuto “costituzionalmente vincolato”, dotata quindi di una maggiore forza passiva che la rendono non modificabile, neanche espressamente, da parte del legislatore ordinario.

Constatata l’insufficienza delle argomentazioni consuete alla base della giurisprudenza costituzionale che fanno leva sul criterio della capacità contributiva, nonché dell’inidoneità dell’art. 3 dello Statuto del Contribuente a fondare un più stringente divieto di retroattività in materia tributaria, inderogabile o derogabile soltanto in limitatissime ipotesi, occorre individuare quali sono allora i capisaldi costituzionali a cui ancorare tale divieto.

Ciò anche in considerazione del fatto che non si può non rilevare, come sostenuto da autorevole dottrina, che in tempi di crisi economica il legislatore sia stato di recente sempre più frequentemente indotto a far prevalere l’interesse fiscale su altri principi, che in situazioni ordinarie connotano il rapporto con il contribuente,

¹⁹⁸ DORIGO S, op. cit., pag. 623, nota 60.

¹⁹⁹ In tal senso DORIGO S., op. cit., pag. 634.

fondando tale comportamento sul presupposto, del tutto infondato, che “le tutele del contribuente, così come possono essere graziosamente concesse, con altrettanta facilità possano essere revocate in nome della supremazia delle ragioni sottese al reperimento delle risorse necessarie all’organizzazione statale o locale”²⁰⁰. Esempi recenti di tale tendenza possono essere considerati i provvedimenti adottati dal legislatore che ampliano la base imponibile, anche con efficacia retroattiva ²⁰¹, che prorogano i termini di accertamento ²⁰², ovvero che estendono al passato meccanismi presuntivi di ricostruzione induttiva del reddito (studi di settore o cd. “redditometro”).

La necessità di limiti maggiormente stringenti alla retroattività, tali da far rientrare la materia tributaria nelle ipotesi coperte da irretroattività categorica al pari della materia penale, si fonda sulla considerazione che la legislazione tributaria, unitamente a quella penale, “incide profondamente sulla tutela dei diritti fondamentali e (...) rappresenta l’ambito all’interno del quale meglio si apprezza la natura della forma di Stato e il rapporto tra autorità e libertà” ²⁰³.

L’imposizione retroattiva di un gravame fiscale inatteso e imprevedibile ²⁰⁴, tanto da influire sulla capacità della persona (fisica o giuridica) di programmare la propria esistenza, nonché la propria attività economica, si configura come un

²⁰⁰ DORIGO S., op. cit., pag. 602.

²⁰¹ Art. 12 del DL 78/2009.

²⁰² Art. 57 comma 3 del DPR 633/1972.

²⁰³ TOSCANO A., Op. cit., pag. 18.

²⁰⁴ Il concetto di prevedibilità è stato utilizzato da autorevole dottrina come elemento essenziale (“ago della bilancia”) per la valutazione della conformità della norma retroattiva al dettame dell’art. 53. In tal senso FALSITTA G., *Recupero retroattivo degli “aiuti di Stato” e limiti della tutela dei principi di capacità contributiva e di affidamento*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2010, pag. 656 ss, secondo il quale “è perfettamente normale che la disposizione futura retroattiva imprevedibile trovi il contribuente sfornito dei mezzi economici, legittimamente consumati medio tempore e vada ad intaccare un indice di capacità contributiva non più esistente” mentre “se la norma futura è prevedibile è corretto pretendere dal contribuente di pianificare la sua condotta e di accantonare l’occorrente per assolvere il tributo che sopraggiungerà”.

ostacolo economico, imposto dallo Stato, capace di limitare la libertà del cittadino. E per questi motivi costituisce senza alcun dubbio una negazione del combinato disposto degli articoli 3 e 41 della Costituzione oltre che dei già richiamati principi di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento.

Così come sottolineato da autorevole dottrina, "l'incertezza conseguente al rischio di essere assoggettati retroattivamente a oneri tributari non previsti né prevedibili al momento del verificarsi del presupposto contrasta con la libertà di iniziativa economica privata che ha bisogno di regole certe e stabili per potersi correttamente esplicare"²⁰⁵, libertà che va tutelata "non solo nel momento iniziale ma anche durante il suo dinamico sviluppo".

La ratio del divieto di retroattività, così come argomentato da autorevole dottrina²⁰⁶, risiederebbe allora nella "necessità di garantire al cittadino la fondamentale esigenza di calcolabilità delle conseguenze giuridiche della propria condotta" che "nel diritto tributario si traduce nella tutela della legittima pianificazione fiscale, che consiste nel complesso di valutazioni di convenienza operate in buona fede dal contribuente al momento del compimento di atti o fatti fiscalmente rilevanti e che deriva dalla libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost."

Alla necessità di superare il riferimento all'art. 53 della Costituzione, argine insufficiente per contenere i frequenti abusi del legislatore, vengono incontro i più recenti orientamenti della giurisprudenza europea, per i quali l'affidamento

²⁰⁵ In tal senso cfr. FALSITTA G., *Recupero retroattivo degli "aiuti di Stato" e limiti della tutela dei principi di capacità contributiva e di affidamento*, op. cit., pag. 663 ss.

²⁰⁶ DE PASQUALE I., op. cit., pag. 812.

assume rilevanza autonoma ²⁰⁷ rispetto ai principi di uguaglianza, capacità contributiva e ragionevolezza cui viene generalmente accostato e costituisce argomento decisivo a sostegno del divieto di retroattività anche nei casi in cui non emerga una vera e propria lesione del canone dell'attualità richiesto dall'art. 53.

Condivisibile è anche l'argomentazione di chi ritiene che il principio di uguaglianza, intesa come parità di trattamento, sarebbe altresì violato dal fatto che alcuni contribuenti che hanno compiuto le proprie scelte economiche prima dell'entrata in vigore della legge retroattiva subirebbero l'effetto della stessa mentre altri potrebbero modellare i propri comportamenti sulla base di questa.

Tale disparità di trattamento tra cittadini-contribuenti, potrebbe configurarsi, nel caso in cui i destinatari delle norme siano operatori economici, in una violazione del principio di libera concorrenza ²⁰⁸ così come affermatosi nell'ordinamento nazionale ed europeo. Quanto premesso è valido per via della situazione di indebito svantaggio in cui incorrerebbero gli operatori economici, le cui determinazioni imprenditoriali sono state prese senza che questi avessero la possibilità di considerare gli effetti delle disposizioni introdotte con una disposizione irretroattiva imprevedibile. La legge retroattiva, in questo caso, si configurerebbe come un vincolo al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra le imprese.

²⁰⁷ Sulla divergenza in dottrina e in giurisprudenza in ordine alla possibilità per l'affidamento di assumere rilevanza autonoma vedi supra par. 2.2.

²⁰⁸ Tale principio già assunto a dignità costituzionale grazie all'art. 41 della Costituzione, trova formale esplicitazione nel nuovo articolo 117 della Costituzione che prevede una specifica competenza statale in materia di "tutela della concorrenza" affermando implicitamente il dovere da parte dello stato di porre in essere interventi legislativi volti alla sua difesa.

Degna di nota è altresì la teoria, che di recente sembra trovare diversi sostenitori in dottrina ²⁰⁹, che fonda il divieto (inderogabile) di retroattività in materia tributaria sul “principio di coerenza del sistema giuridico”, “condizione per la giustizia dell’ordinamento” ²¹⁰, e valore “capace di riassumere in sé la *Grundnorm* dell’ordinamento ovvero il principio democratico” ²¹¹.

Appare opportuno accennare altresì alla suggestiva teoria sostenuta da attenta dottrina ²¹² che fonda l’irretroattività in materia tributaria sull’art. 25 della Costituzione, nella misura in cui questo vieti l’irretroattività non esclusivamente nella materia penale, ma nella più ampia “materia punitiva”, risultando vietata ogni “legge che sia fonte di un sacrificio, cioè di una pena in senso lato per il cittadino”. Tale interpretazione dell’art. 25 Cost., elaborata al fine di individuare un limite alle leggi che abroghino retroattivamente leggi di incentivazione (vedi infra), si estenderebbe naturalmente alla materia tributaria, in quanto capace di “imporre svantaggi o creare condizioni di disfavore.”

Sull’inidoneità delle esigenze di copertura della spesa pubblica a giustificare una deroga al generale principio di irretroattività vigente in materia tributaria, con la conseguente compressione dei principi da esso tutelati, è interessante la riflessione di chi in dottrina ²¹³ sottolinea come le spese pubbliche non possano configurarsi come “una variabile indipendente da imporre, come nuova finalità etica alle persone, a prescindere dalla loro capacità”, poiché le persone sono “titolari di

²⁰⁹ MOSCHETTI F., *Il principio democratico sotteso allo Statuto dei diritti del contribuente e la sua forza espansiva*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2011, pag. 747, ripreso da DORIGO, op. cit., pag. 636.

²¹⁰ BOBBIO N., *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 235.

²¹¹ DORIGO S., op. cit., pag. 637.

²¹² GUARINO G., *Regime Costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, op. cit., pag. 164.

²¹³ MOSCHETTI F., *Il principio democratico sotteso allo Statuto dei diritti del contribuente e la sua forza espansiva*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2011, cap. I, pag. 737.

doveri verso la collettività e dunque non meno titolari di diritti verso la stessa”. A tale condivisibile riflessione si aggiunge l’ulteriore considerazione che “non è ragionevole salvaguardare le esigenze di bilancio dello Stato scardinando la programmazione di bilancio delle imprese e dei cittadini”²¹⁴.

Naturale conseguenza delle riflessioni riportate in queste pagine è il fatto che, seppur non sussistano all’interno del nostro ordinamento elementi tali da spingerci ad affermare l’assoluta inderogabilità del principio di irretroattività in materia tributaria, le disposizioni retroattive in tale ambito saranno da considerarsi caratterizzate da estrema eccezionalità. Si tratterà di disposizioni a cui il legislatore potrà ricorrere solo nell’ipotesi in cui sia a rischio la sopravvivenza dell’ordinamento o sia necessario tutelare valori fondamentali dell’ordinamento stesso²¹⁵, che come abbiamo visto non possono essere ricondotti alla mera necessità di garantire la copertura della spesa pubblica.

A margine di questa breve riflessione un cenno a parte merita la questione relativa alle sanzioni amministrative tributarie, per le quali è opinione comune che il divieto di retroattività sancito in materia penale dall’art. 25 comma 2 della

²¹⁴ Così la Corte di Cassazione, Ordinanza 09026/2013 con la quale ha rimesso gli atti alla Corte costituzionale, dichiarando rilevante e non manifestamente infondata, in relazione all’art. 3 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale del disposto del comma 1 dell’art. 29 del DL 185/2008 convertito in Legge con modificazioni con la L n. 2/2009 nella parte in cui non fa salvi i diritti e le aspettative sorti, ai sensi dell’art. 1 comma 290 e seguenti della l. n. 296/06 in relazione alle attività di ricerca e sviluppo avviate prima del 29/11/2008 nonché del combinato disposto del comma 2, lett a) e del comma 3 primo periodo e prima parte della lett. 1 del medesimo art. 29 del d.l. n. 185/2008.

²¹⁵ In tal senso cfr. DELLA VALLE E., *Affidamento e certezza nel diritto tributario*, Milano, 2001, pag 99; MELIS G., *Interpretazione autentica, retroattività e affidamento del contribuente: brevi riflessioni su alcune recenti pronunzie della Corte costituzionale*, in *Rass. Trib.*, 1997, pag. 878.

Costituzione si estenda anche a queste, vista la connotazione afflittiva che le contraddistingue²¹⁶.

7. Le leggi incentivanti

Il binomio leggi incentivanti e interventi retroattivi del legislatore rappresenta un interessante tema di studio, in quanto la previsione di interventi retroattivi volti a revocare (formalmente o sostanzialmente) dei benefici concessi ai cittadini ai fini di determinare le loro scelte rappresenta una tipologia di intervento molto controversa, capace di ledere in maniera determinante l'affidamento del cittadino. In particolar modo in queste brevi pagine si vuole verificare la sussistenza di una irretroattività inderogabile per tutti gli interventi legislativi che mirano a revocare vantaggi ed incentivi attribuiti ai cittadini con un precedente intervento legislativo.

Per quanto riguarda la loro classificazione, le leggi di incentivazione sono state qualificate dalla dottrina²¹⁷ come una manifestazione del c.d. diritto premiale, cioè di quel *modus operandi* del diritto che non procede per sanzioni afflittive bensì per sanzioni accrescitive.

Esse si distinguono però dalle mere leggi premiali: mentre queste ultime riconoscono *ex post* un beneficio per l'avvenuto compimento di un'azione, le leggi di incentivazione riconoscono *ex ante* il beneficio al soggetto, esercitando

²¹⁶ In questo senso CORDEIRO GUERRA R., *Illecito tributario e sanzioni amministrative*, Milano, 1996, pag. 175; nello stesso senso DE PASQUALE I., op. cit., la quale sottolinea che “alla luce dell'attuale impianto parapenalistico e non più risarcitorio del sistema sanzionatorio tributario, nessun dubbio sussiste in ordine alla estensione del divieto di retroattività alle leggi sanzionatorie amministrative tributarie.”

²¹⁷ LUCIANI M., op. cit., pag. 2092.

una “funzione propulsiva di un comportamento umano desiderato” dal legislatore²¹⁸.

Le leggi di incentivazioni costituiscono allora uno strumento di stimolo all’esercizio dell’iniziativa economica privata che associa la previsione (legale) di un beneficio all’esercizio di una certa attività ²¹⁹ genericamente sociale ma quasi sempre economicamente rilevante.

Il beneficio assicurato dalle leggi incentivo, così come è stato evidenziato nella prassi, può essere il più vario (finanziario, fiscale o giuridico in senso stretto) e la sua erogazione può avvenire, secondo quanto previsto dalle singole leggi, o sulla base del solo impegno del cittadino o al compimento dell’attività, ferma restando in entrambi i casi l’attività di accertamento sullo svolgimento dell’attività svolta dalla pubblica amministrazione.

Così come osservato in dottrina, le leggi di incentivazione, pur non essendo un fenomeno che appartiene esclusivamente al passato, svolgono oggi un ruolo “assai diverso da quello che sono state capaci di giocare nella storia dell’Italia postunitaria, soprattutto nella lunga fase dello sviluppo economico del dopoguerra” ²²⁰. Una riflessione a parte merita senz’altro il tema, di strettissima attualità, degli aiuti europei, che presenta delle notevoli affinità con quello delle

²¹⁸ Cfr GUARINO G., op. cit., pag. 138, secondo cui le leggi di incentivazione si distinguono dalle cd. leggi di mero conferimento in quanto queste ultime “sono fondate sulla considerazione di una attività già svolta o comunque di una situazione in atto e mancano quindi dell’elemento peculiare delle leggi-incentivo, costituito dalla volontà di provocare i privati a svolgere in futuro una attività che si suppone che essi altrimenti non svolgerebbero.”

²¹⁹ Attività che non deve necessariamente consistere in un nuovo investimento imprenditoriale, in quanto la previsione di incentivi legali può essere legata alla necessità di smobilizzare investimenti già realizzati o di evitare il proliferare di attività economiche alle quali il legislatore ricollega un particolare disvalore sociale. Vedi ad esempio le previsioni adottate dalla Regione Lombardia, attraverso l’art. 4 della Legge Regionale n. 8/2013, in materia di incentivi per gli esercenti che provvedono alla disinstallazione volontaria delle slot-machine.

²²⁰ LUCIANI M., op. cit., pag. 2091.

leggi di incentivazione e che si tratterà in maniera più approfondita nelle pagine successive.

La riflessione intorno alle cd. leggi di incentivazione non può non partire dalla tesi, a lungo discussa in dottrina, sostenuta da Giuseppe Guarino, secondo la quale esisterebbe un particolare regime costituzionale per le leggi di incentivo, garantito dall'art. 41 della Costituzione, che consiste “nel divieto di abrogare retroattivamente le leggi stesse e nel divieto di assoggettare i destinatari delle leggi di incentivo ad oneri di carattere speciale” ²²¹.

Non si può negare infatti che nel caso delle leggi di incentivazione “il principio di affidamento si presenta con una forza peculiare, a causa della struttura essenzialmente contrattuale ²²² del rapporto instaurato dalla legge tra potere pubblico e soggetto economico privato” ²²³.

Così come ricostruito da Guarino, attraverso le leggi di incentivazione si costruisce tra le parti un rapporto volontario, paritario e sinallagmatico, seppur anomalo dal punto di vista formale in quanto uno dei contraenti, malgrado la sostanza paritaria del rapporto, partecipa a esso con atti di diritto pubblico.

In ordine alla sinallagmaticità del rapporto non si può non rilevare che è evidente che il cittadino non avrebbe compiuto l'attività sollecitata dallo Stato, se non vi fosse stata la legge incentivo, o quantomeno avrebbe potuto compierla con forme

²²¹ GUARINO G, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, pag. 174.

²²² Di “leggi contratto” parla esplicitamente GUARINO op. cit., pag. 131.

²²³ LUCIANI M, op. cit., pag. 2091.

o in quantità diverse rispetto a quelle determinate dal legislatore perché ritenute più confacenti all'interesse collettivo ²²⁴.

Non si può negare allora che il comportamento dello Stato che “dismesso lo scettro e imboccata la strada del diritto premiale si riappropri delle sue prerogative una volta ottenuto l'effetto sperato” costituisca un comportamento particolarmente odioso in palese violazione del dovere di buona fede che incombe sul legislatore²²⁵.

Così come argomentato autorevolmente in dottrina ²²⁶, il principio di buona fede, intesa in senso oggettivo come “obbligo di non contraddizione”, o secondo una concezione più elastica come obbligo di “correttezza” (quest'ultima intesa come ponderazione di interessi) costituisce un argine contro l'arbitrio del legislatore e, secondo chi scrive, può costituire un limite ulteriore alla possibilità di interventi retroattivi volti a revocare i vantaggi ricevuti dal cittadino attraverso leggi incentivanti.

Sulla base di tale considerazione, alcuni autori si spingono a ritenere illegittime non soltanto le leggi che abroghino, parzialmente o integralmente, in maniera retroattiva le disposizioni contenute nelle leggi incentivo ma altresì quelle leggi che adottino precetti dettati in modo speciale per i soggetti privati divenuti concreti destinatari delle leggi incentivo, volte a vanificare i benefici conseguiti dagli stessi.

²²⁴ GUARINO G., op. cit., pag. 132.

²²⁵ In tal senso LUCIANI M., op. cit. pag 2091

²²⁶ MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001.

Tralasciando tale secondo aspetto, che si pone al di fuori delle valutazioni relative ai limiti alla retroattività e riguarda la specifica questione della particolare copertura costituzionale delle leggi di incentivazione prospettata da Guarino ²²⁷, appare chiaro come in tale materia il divieto di retroattività sia particolarmente stringente, e ciò a maggior ragione nel caso, frequente, in cui gli incentivi concessi ai cittadini abbiano carattere fiscale.

Così come sottolineato da autorevole dottrina ²²⁸, in tale caso, la legge che imprevedibilmente pretenda in maniera retroattiva di cancellare le agevolazioni fiscali già accordate e legittimamente fruite nel passato si pone altresì in violazione del principio di capacità contributiva, giacché aggredisce un indice di forza economica non più esistente ed effettivo (vedi supra).

È evidente che, in tale materia, il principio di irretroattività esplica tutta la propria forza traducendosi in un divieto per il legislatore di “confezionare trabocchetti e falsi miraggi” ²²⁹. In questi casi, l’individuazione di motivi imperativi di interesse generale, capaci di giustificare la rottura del sinallagma Stato-cittadini e di conseguenza di giustificare una così vistosa lesione dell’affidamento, appare quantomeno improbabile, e ciò spinge chi scrive a ritenere che nel nostro ordinamento possa ipotizzarsi la sussistenza di fatto di una irretroattività inderogabile delle leggi che revochino incentivi.

²²⁷ In senso contrario BACHELET V., *Leggi o super-leggi di incentivazione?*, In *Giurisprudenza Costituzionale*, 1965, pag.601.

²²⁸ FALSITTA G., *Recupero retroattivo degli “aiuti di Stato”* op. cit., pag. 666.

²²⁹ FALSITTA G., *Recupero retroattivo degli “aiuti di Stato”*, op. cit., pag. 666.

7.1. Segue: gli “aiuti di Stato”

Meritevole di un breve approfondimento è la questione relativa ai cd. “aiuti di Stato”²³⁰, concessi dagli Stati membri dell’Unione Europea giusta approvazione della Commissione Europea, e alla possibilità per le istituzioni europee di procedere ad una loro revoca con effetti retroattivi.

A tal fine appare, innanzitutto, opportuno richiamare i contenuti essenziali della disciplina europea in materia di aiuti di Stato e in particolar modo l’articolo 107 del TFUE che, al paragrafo 1, afferma che, “salvo deroghe contemplate dai trattati sono incompatibili con il Mercato Comune, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza” individuando al contempo alcune importanti deroghe, alla luce delle quali determinate categorie di interventi sono dichiarate senz’altro ammissibili, mentre altre lo sono solo in via di principio.

Il compito di stabilire se quest’ultimo e importante gruppo di aiuti sia compatibile con la disciplina comunitaria della concorrenza è assunto in via esclusiva dalla Commissione ai sensi dell’art. 108 del Trattato.

Viste le competenze della Commissione, ai fini della presente trattazione risulta opportuno analizzare due ipotesi di interventi retroattivi, capaci di ledere l’affidamento del cittadino e la certezza del diritto: in primo luogo i provvedimenti di revoca degli aiuti fondati su una successiva (e diversa)

²³⁰ Per un approfondimento sulla materia degli aiuti di Stato, BECHI-MONTANA, *La disciplina comunitaria degli aiuti di Stato nelle misure pubbliche di garanzia e di investimento in capitale di rischio*, in Liuc Papers, n. 242, Impresa e Mercati Finanziari, 7 settembre 2011, pagg. 1-6.

valutazione da parte delle istituzioni europee (rectius della Commissione) sull'opportunità e sulla legittimità degli aiuti concessi; in secondo luogo gli interventi di revoca di aiuti concessi in violazione del diritto europeo.

In relazione ai primi, significativa appare la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che con una recente pronuncia²³¹ ha affermato che sono lesive del principio di legittimo affidamento le disposizioni che revochino vantaggi attribuiti con atti legittimi, senza prevedere adeguate misure transitorie che tutelino pienamente l'affidamento dei cittadini, sancendo di fatto l'intangibilità delle posizioni soggettive attribuite da atti con i quali siano stati conferiti diritti o vantaggi²³².

Tale tutela, in materia di aiuti di Stato, non si estende alla seconda tipologia di interventi, e cioè alla revoca di atti di diritto interno che non sono legittimi nei confronti di regole del diritto europeo.

In tal senso, la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha individuato due presupposti che è necessario concorrano per rendere l'affidamento legittimo, e di conseguente meritevole di tutela, affermando che sia insussistente l'affidamento nel caso in cui gli aiuti concessi alle imprese siano stati accordati in violazione degli obblighi di carattere procedurale previsti dalle disposizioni del Trattato, nonché quando le imprese abbiano fruito dell'aiuto senza attendere la

²³¹ CGUE, Regno del Belgio c. Commissione, Sentenza 22 giugno 2006, cause riunite C-182 e 217/03. In tale giudizio la Corte accoglie la richiesta di annullamento, avanzata dal Regno del Belgio e dalla Forum 187, della revoca, operata nella primavera del 2003, di alcune decisioni della Commissione risalenti al 1984 e al 1987m le quali avevano escluso che il regime fiscale dei centri di coordinamento con sede in Belgio contenesse elementi di aiuto.

²³² In tal senso FALSITTA G., op. cit., pag. 671.

conclusione e l'esito della procedura di controllo promossa con l'atto di notificazione.

Come evidenziato dalla Corte di Giustizia, "il comportamento di un'autorità nazionale incaricata di applicare il diritto comunitario, che sia in contrasto con quest'ultimo, non può giustificare l'esistenza, in capo a un operatore economico, di un legittimo affidamento sul fatto di poter beneficiare di un trattamento in contrasto con il diritto comunitario"²³³.

Le presenti osservazioni sono in perfetta sintonia con la teoria che ha affermato il criterio della prevedibilità quale ago della bilancia per valutare la lesione dei principi di affidamento (e correlativamente di capacità contributiva) in quanto ogni operatore economico diligente, con l'eventuale supporto di consulenti giuridici, può ragionevolmente prevedere la possibile revoca degli aiuti concessi con un provvedimento ab origine viziato da palesi illegittimità.

8. Retroattività ed efficacia "*ope legis*" del contratto collettivo dopo la riforma dell'art. 360 n. 3 cpc

Un altro tema che appare opportuno analizzare nell'ambito della presente attività di ricerca è rappresentato dalla questione relativa alla retroattività del contratto collettivo.

In ordine alla retroattività del contratto collettivo, tre sono le questioni che meritano di essere analizzate: innanzitutto sarà necessario interrogarsi sulla possibilità che i contratti collettivi contengano disposizione retroattive (di

²³³ CGCE, I sez., sent. 4 ottobre 2007 (C-217/06).

interpretazione autentica o retroattive tout court), successivamente sarà necessario interrogarsi sui limiti all'ammissibilità di tali disposizioni e infine sarà opportuno soffermarsi sulle novità introdotte nel nostro ordinamento dal d.lgs. 42/2006 che ha riformato il testo dell'art. 360 del codice di procedura civile.

In merito al primo quesito serve precisare che sia in dottrina sia in giurisprudenza non si è mai dubitato della legittimità e dell'efficacia dei contratti retroattivi in senso più favorevole per i lavoratori, mentre relativamente al caso di modifiche retroattive *in peius*²³⁴ per gli stessi, tale affermazione non è stata data per scontata dalla dottrina, la quale sembra "aver raggiunto una conclusione nel senso della possibilità da parte dei contratti collettivi di prevedere una applicazione retroattiva con apposita clausola"²³⁵ anche nel caso di modifiche retroattive *in peius*.

Tale tesi è condivisa dalla prevalente giurisprudenza di merito e di legittimità che ha affermato che "l'immodificabilità con effetto retroattivo, di un contratto collettivo da parte di un successivo contratto collettivo, non trova fondamento in alcuna norma di legge"²³⁶.

In senso contrario, parte della dottrina ha affermato la sussistenza di un generale principio di irretroattività *in peius* sulla base della intangibilità dei diritti quesiti,

²³⁴ Appare appena il caso di precisare il concetto di modificazione in peius in quanto all'interno di tale categoria sono riconducibili due tipi di accordi: quelli che effettivamente modificano in peius il trattamento economico o normativo del lavoratore abbassando il livello del trattamento e quelli che introducono trattamenti di disfavore a fronte di contropartite vantaggiose per il lavoratore.

²³⁵ VICECONTE M., *Contratti collettivi successivi, migliorativi e peggiorativi, loro retroattività e irretroattività, limiti rispetto ai diritti soggettivi quesiti. I termini generali del problema e lo stato della questione*, in Lavoro e previdenza oggi, 2000, pag. 1464 Cfr. SCOGNAMIGLIO R., *Diritto del lavoro*, Napoli, 1994, pag. 65, e CARINCI-TAMAJO-TOSI-TREU, *Diritto del lavoro, I Il diritto sindacale*, Torino, pag. 311.

²³⁶ Tribunale di Genova, Sez. Lavoro, Sentenza 8 marzo 2000. Nello stesso senso Pretura di Genova, Sentenza 17 novembre 1997.

vale a dire di quei diritti che non possono essere travolti dalla contrattazione collettiva perché ormai entrati nel patrimonio del lavoratore.

Relativamente a tali argomentazioni sostenute in dottrina va innanzitutto precisato che tale impostazione è radicalmente diversa da quella adottata dalla Corte costituzionale ²³⁷ che, nei giudizi di legittimità costituzionale relativi a leggi retroattive, “non indugia mai sulla distinzione tra diritti quesiti e mere aspettative al fine di accertare la natura propriamente retroattiva della norma, tendendo a parificare le due categorie di situazioni soggettive” ²³⁸. Nel merito questa impostazione si scontra con la semplice considerazione, ribadita più volte dai giudici di merito, che “i diritti soggettivi sussistono giuridicamente se previsti da una fonte normativa, e nei limiti della previsione stessa, vengono meno se viene meno la norma che li sancisce e sono travolti con effetto retroattivo se la norma stessa viene eliminata con effetto retroattivo” ²³⁹.

Per quanto riguarda specificamente le disposizioni contrattuali “interpretative”, bisogna dare atto del fatto che, sulla natura delle stesse, si è sviluppato un dibattito in dottrina simile a quello originatosi intorno alle leggi di interpretazione autentica (vedi supra) nel quale si registrano due posizioni contrapposte: chi ritiene che l’interpretazione autentica dei contratti collettivi consista in una attività di mera interpretazione, cioè di scelta di un significato compatibile con il testo della

²³⁷ Cfr. Corte costituzionale, Sentenza 349/1985 con la quale la Corte da un lato osserva in generale che non è interdetto al legislatore di emanare disposizioni che modifichino sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata, anche se il loro oggetto sia costituito da diritti soggettivi perfetti e dall’altro si pone nella prospettiva della “vanificazione delle aspettative legittimamente nutrite dal lavoratore per il tempo successivo alla cessazione della propria attività. Vedi anche Corte costituzionale, Sentenze n. 822/1988 e 432/1997.

²³⁸ TOSI, op. cit., pag. 999.

²³⁹ Tribunale di Genova, Sez. Lavoro, Sentenza 8 marzo 2000.

disposizione ²⁴⁰; e chi esclude la natura dichiarativa delle clausole interpretative, in quanto tali disposizioni presenterebbero sempre “un contenuto di ridefinizione degli interessi, quindi modificativo della regola interpretata” ²⁴¹.

Non si può altresì non rilevare quanto segnalato da autorevole dottrina ²⁴² in merito al fatto che i giudici ordinari abbiano tendenzialmente negato efficacia alla norma contrattuale interpretativa ritenendo che a se stessi, e non alle parti, competa l'esclusivo poter di interpretazione del contratto destinato com'è a regolare rapporti individuali.

Ciò nonostante l'esplicita previsione da parte dell'art. 49 della legge 165/2001 della possibilità, limitatamente ai contratti collettivi relativi al settore pubblico, di stipulare accordi di interpretazione autentica le cui disposizioni sostituiscono le clausole controverse sin dall'inizio della vigenza del contratto.

Alcuni autori ²⁴³ ritengono che la riluttanza dei giudici ad accreditare le parti collettive del potere di definire in via interpretativa, e quindi retroattiva, il contenuto delle loro pattuizioni contrasti con la consacrazione della dignità di fonte del contratto collettivo attuata dal legislatore con le innovazioni al codice di procedura di cui al d.lgs 40 del 2006.

Si ritiene infatti che in seguito a tale consacrazione sia necessario procedere a una equiparazione dei contratti retroattivi e di quelli interpretativi, la cui “naturale” retroattività quantomeno nel settore pubblico è stata sancita per legge dal già

²⁴⁰ In tal senso MARESCA V. A., *Appunti per uno studio sull'interpretazione autentica del contratto collettivo di lavoro pubblico*, in AA. VV., *Studi sul lavoro. Scritti in onore di Gino Giugni*, Bari, 1999, p. 645 ss..

²⁴¹ GRAGNOLI E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, Milano, 2000 pp. 277-278.

²⁴² TOSI P., *Questioni in tema di retroattività della legge e del contratto collettivo*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2008., pag. 997.

²⁴³ TOSI P., op. cit., pag. 998.

citato articolo 49, alle disposizioni legislative retroattive, sia in ordine alla loro ammissibilità nel nostro ordinamento, sia in ordine ai vincoli ai quali tali fonti sono sottoposti.

Se, infatti, fino all'approvazione del d.lgs n. 40/2006 risultava condivisibile l'opinione tradizionalmente espressa dalla dottrina secondo la quale era impossibile sottoporre un contratto collettivo che interpretasse o modificasse retroattivamente la norma del contratto collettivo precedente agli stessi limiti previsti per la legislazione retroattiva, tale prospettiva non sembra oggi adeguata alla luce dei mutamenti normativi intercorsi.

L'affermazione secondo cui in materia di contratti collettivi retroattivi, "trattandosi di manifestazione di autonomia privata, cui l'art. 3 Cost. è comunemente ritenuto inapplicabile, appare difficilmente percorribile la via del controllo (...) della conformità di un tale contratto ai parametri costituzionali elaborati dalla Corte costituzionale con riguardo alla legge retroattiva"²⁴⁴ si scontra con la nuova collocazione che il nuovo art. 360 c.p.c. n. 3 attribuisce al contratto collettivo all'interno dell'ordinamento.

Così come sottolineato da autorevole dottrina, considerando che la funzione dell'impugnazione per Cassazione è quella di controllo sulla puntuale applicazione del diritto, l'aver previsto esplicitamente il contratto collettivo quale fonte che può essere soggetta a errori di applicazione e di interpretazione può

²⁴⁴ TOSI P., *Questioni in tema di retroattività della legge e del contratto collettivo*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2008, pag. 996.

voler dire, nelle intenzioni del legislatore, aver riconosciuto una certa forza o valore giuridico particolare agli accordi collettivi ²⁴⁵.

La sottoposizione dei contratti collettivi retroattivi ai medesimi limiti che incontra la legislazione retroattiva, secondo una teoria formulata da attenta dottrina ²⁴⁶ in un periodo antecedente all'approvazione del D.lgs 42/2006, diventa con la riforma dell'art. 360 punto 3 c.p.c. una necessità ineludibile.

In relazione alla tutela dell'affidamento si rileva, così come argomentato in da taluni autori ²⁴⁷, che i contratti collettivi che dispongono retroattivamente dei diritti dei lavoratori, soprattutto nel caso in cui siano assolutamente innovativi (e cioè privi di qualsivoglia natura "interpretativa") "devono rispettare l'affidamento dei lavoratori secondo schemi da mutuarsi dalla giurisprudenza costituzionale sulle applicazioni del principio di affidamento nelle norme di legge".

A differenza di quanto accade in materia di leggi retroattive, le disposizioni retroattive contenute nei contratti collettivi, contrastanti con i limiti elaborati dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia di leggi retroattive, dovranno essere dichiarate nulle direttamente dal giudice ordinario chiamato a operare il controllo di conformità a Costituzione dei contratti collettivi medesimi ²⁴⁸.

²⁴⁵ In tal senso BINI M., *L'interpretazione giurisprudenziale in Italia come fonte del diritto: il caso dei contratti collettivi di diritto comune*, in <http://www.giuri.unige.it>, pag. 8.

²⁴⁶ OCCHINO A., *L'aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali*, Torino, 2004 pag. 336.

²⁴⁷ OCCHINO A., op.cit., pag. 337.

²⁴⁸ OCCHINO A., op. cit., pag. 336.

9. Le leggi di sanatoria

Tra le applicazioni pratiche in materia di retroattività meritano senz'altro di essere analizzate le c.d. leggi di sanatoria.

La materia delle leggi di sanatoria, oggetto di alcuni interessanti ed autorevoli interventi in dottrina ²⁴⁹, merita attenzione in particolare a causa della notevole proliferazione nel tempo di tale tipologia di interventi legislativi.

Ai fini definitori, gli studiosi ritengono che rientrino nella nozione di legge di sanatoria “tutta una serie di provvedimenti legislativi, tra loro eterogenei quanto a natura e contenuto, ma tutti assimilabili sotto il profilo del loro effetto tipico, che è quello di conferire una definitiva stabilità a rapporti o situazioni giuridiche precarie, in quanto fondate su atti viziati o la cui consistenza giuridica appaia o sia stata dichiarata nulla o irregolare” ²⁵⁰.

Due gli elementi qualificanti di tale tipologia di leggi: il presupposto che le legittima, cioè l'esistenza di concrete situazioni giuridiche aventi origine da precedenti atti del governo, della pubblica amministrazione o del legislatore e sprovviste di una stabile regolamentazione ²⁵¹; e lo scopo che esse perseguono e cioè quello di regolarizzare tali situazioni.

²⁴⁹ RESCIGNO G. U., *Sanatoria “ope legis” di atti invalidi*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1963; TARCHI R., *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Milano, 1990.

²⁵⁰ TARCHI R., op. cit., pag. 294, che non manca di rilevare come si tratti di una “categoria di leggi dal carattere del tutto empirico e con un valore meramente descrittivo”.

²⁵¹ Tuttavia alcuni autori ritengono che ai fini della definizione del presupposto della legge di sanatoria “bisogna porre l'accento sul fatto che tali situazioni [sprovviste di una stabile e sicura regolamentazione] hanno avuto origine da precedenti atti del governo, della pubblica amministrazione o dello stesso legislatore, che erano in qualche modo viziati e ai quali, in primo luogo, è riconducibile lo stato di precarietà in cui le stesse situazioni vengono a trovarsi.” TARCHI R., op. cit., pag. 295.

Dalla definizione degli elementi essenziali delle leggi di sanatoria, emerge chiaramente che le stesse, almeno in linea teorica, perseguono il nobile fine di garantire la certezza dei rapporti giuridici operando una conservazione delle situazioni giuridiche alle quali, anche se irregolarmente costitutesi, può essere riconosciuta una qualche utilità sociale.

Sulla “naturale retroattività” delle leggi di sanatoria è possibile riscontrare un consenso pressoché unanime²⁵² sia in dottrina sia in giurisprudenza, in quanto lo scopo che perseguono è sempre quello di “attribuire una diversa qualificazione giuridica a fatti e situazioni già venute ad esistenza nel passato e, questo presumibilmente, fin dal momento in cui le stesse hanno avuto origine e si sono materialmente realizzate”²⁵³.

Seguendo lo stesso metodo utilizzato per le leggi di interpretazione autentica, è opportuno verificare se sussista un'utilità nel mantenere in vita tale categoria dogmatica, soprattutto in relazione alla possibilità di configurare per le stesse limiti diversi rispetto a quelli operanti in generale nei confronti di tutte le leggi retroattive (vedi supra).

Una parte della dottrina nega l'utilità della distinzione tra leggi di sanatoria e leggi solo e semplicemente retroattive, dato che queste ultime non fanno altro che regolamentare con effetto retroattivo situazioni già oggetto di precedenti disposizioni, seppur illegittime²⁵⁴.

²⁵² Contra PERRONE CAPANO R., *La retroattività degli atti amministrativi*, Napoli, 1963, pag. 26, per il quale scopo della sanatoria è il superamento di uno stato di invalidità che si può ottenere o con effetto limitato al futuro o con effetto esteso al passato.

²⁵³ TARCHI R., op. cit., pag. 312.

²⁵⁴ In tal senso MANZONI I., *Sul problema della costituzionalità delle leggi tributarie retroattive*, in *Rivista di diritto finanziario* 1963

Alcuni autori, al fine di fondare l'utilità, quantomeno a fini descrittivi, delle leggi di sanatoria affermano che "a differenza delle disposizioni di sanatoria, le leggi retroattive senza altre aggettivazioni non richiedono la presenza di alcun presupposto giustificativo, allo stesso modo di quanto avviene per tutta la legislazione in generale"²⁵⁵. La suddetta posizione non risulta condivisibile in quanto, come abbiamo ampiamente visto, la consolidata giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha definito come presupposto indefettibile per l'approvazione di una legge retroattiva la sussistenza di "motivi imperativi di interesse generale", pertanto in relazione alle cd. leggi di sanatoria si può tuttalpiù correttamente parlare di tipicità del presupposto.

A supporto della tesi che sostiene l'inutilità di tale specifica categoria dogmatica si aggiunge la considerazione che, come già è stato evidenziato in dottrina²⁵⁶, non esistono, in relazione ai limiti a cui sono sottoposte tale tipologia di leggi retroattive, profili particolari rispetto a quanto si può ritenere a proposito di tutte le leggi retroattive.

Ciò non toglie che la tipicità del presupposto giustificativo delle stesse, unitamente alla considerazione, in questo caso pienamente condivisibile, della "naturale retroattività" di tale tipologia di leggi, sia sufficiente a giustificare l'esistenza.

A differenza delle leggi retroattive tout court, come abbiamo visto dai casi giurisprudenziali analizzati, spesso capaci di attentare alla certezza del diritto e di ledere l'affidamento del cittadino, le leggi di sanatoria avendo come loro fine

²⁵⁵ TARCHI R., op. cit., pag. 316.

²⁵⁶ TARCHI R., op. cit., pag. 316.

proprio quello di rimuovere l'incertezza giuridica riconducibile alla irregolarità di precedenti atti nonché di conferire stabilità a situazioni giuridiche che, altrimenti, continuerebbero a versare in uno stato di precarietà, vengono guardate con minor diffidenza dalla dottrina: "il giudizio sfavorevole che in genere accompagna la legislazione retroattiva finisce per rovesciarsi" ed è sostituito da un "atteggiamento giustificazionista"²⁵⁷.

Tale impostazione della dottrina non è accolta in maniera univoca dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Se infatti in un primo momento è possibile riscontrare un atteggiamento di favore del giudice delle leggi nei confronti delle leggi di sanatoria²⁵⁸, a partire dalla sentenza n. 100/1987 la Consulta sembra aderire a un diverso orientamento secondo cui il controllo di costituzionalità della norma di sanatoria deve essere effettuato in modo particolarmente rigoroso. Un orientamento ripreso nelle successive e più recenti pronunce della Corte con le quali il giudice delle leggi afferma che "le leggi di sanatoria non sono costituzionalmente precluse in via di principio, ma, trattandosi di ipotesi eccezionali, la loro giustificazione deve essere sottoposta a uno scrutinio di costituzionalità estremamente rigoroso" e che "l'intervento legislativo in sanatoria, infatti, può essere ragionevolmente giustificato soltanto dallo stretto collegamento con le specifiche peculiarità del caso, tali da escludere che possa

²⁵⁷ In tal senso TARCHI R., op. cit., pag. 324, che afferma altresì che "se le leggi retroattive sono spesso accusate di essere fomentatrici di disordine normativo e sociale, di attentare alla certezza del diritto e alla sicurezza dei rapporti giuridici consolidatisi sulla base delle disposizioni previgenti, è chiaro che tali argomenti perdono molta della loro efficacia se utilizzati a proposito di atti legislativi che hanno come loro fine proprio quello di rimuovere l'incertezza giuridica riconducibile alla irregolarità di precedenti atti nonché di conferire stabilità a situazioni giuridiche che altrimenti continuerebbero a versare in uno stato di precarietà."

²⁵⁸ Cfr. Corte costituzionale, Sentenze n. 9/1959; n. 70/1983; n. 733/1988.

risultare arbitraria la sostituzione della disciplina generale - originariamente applicabile - con quella eccezionale successivamente emanata”²⁵⁹.

In relazione alle leggi in oggetto, la Corte costituzionale ha sottolineato che lo scrutinio di costituzionalità deve essere svolto “tanto sotto il rispetto del principio costituzionale di parità di trattamento, quanto sotto il profilo della salvaguardia da indebite interferenze nei confronti dell’esercizio della funzione giurisdizionale”²⁶⁰, una posizione che si pone in perfetta consonanza con quella espressa dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo in materia di leggi retroattive, in particolare in ordine alla garanzia sancita dall’art. 6 della CEDU relativamente al divieto di interferenza da parte dello Stato sui processi in corso, e che sembra escludere un particolare regime di favore per le stesse, rispetto alle altre tipologie di leggi retroattive.

La sopracitata sostanziale equiparazione delle leggi di sanatoria a tutte le altre leggi retroattive (sia in relazione alla potenziale lesività dei principi sopra enunciati sia in relazione ai limiti che incontrano nel nostro ordinamento) è infatti riscontrabile nella precedentemente citata pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo nel caso *Zielinsky e Pradal c. Francia*, avente a oggetto la violazione dell’art. 6 della CEDU da parte di una “*lois de validation*” e cioè una particolare tipologia di legge presente nell’ordinamento francese, attraverso la quale il legislatore “convalida retroattivamente un atto che sia passibile di essere dichiarato nullo da un giudice (*validation legislative a priori*) o che sia già stato

²⁵⁹ Corte costituzionale, Sentenza n. 94/1995; Cfr. anche sentenze n. 100/1987, n. 402/1993, n. 346/1991 e n. 474/1988.

²⁶⁰ Corte costituzionale, Sentenza n. 94/1995.

dichiarato nullo (*validation legislative* a posteriori) al fine di evitare le conseguenze che potrebbero derivare dal suo annullamento”²⁶¹.

Un ulteriore breve approfondimento è necessario in merito alla potenziale lesività da parte delle leggi di sanatoria del principio di tutela dell'affidamento. In relazione a tale profilo non si può non rilevare che anche nel caso di tali leggi non è da escludere la possibilità che vi sia una lesione dell'affidamento dei cittadini. Se da un lato le leggi di sanatoria contribuiscono a consolidare una situazione giuridica incerta, allo stesso tempo possono potenzialmente ledere l'affidamento sia di tutti i cittadini che, titolari di un interesse contrastante con quello dei titolari delle posizioni giuridiche che la legge intende consolidare, confidavano sui difetti che inficiavano la validità degli atti anteriori²⁶² sia dei cittadini che erano parte in un procedimento davanti all'autorità giurisdizionale, i cui esiti vengano influenzati dall'approvazione della legge di sanatoria.

È inoltre opportuno sottolineare che su queste leggi, nei casi in cui queste siano annoverabili nella categoria delle leggi “*in personam*”, e cioè quando siano espressamente dirette “a sanare determinati ed individui atti invalidi”²⁶³, sono state altresì sollevate perplessità rispetto alla possibile lesione del principio di

²⁶¹ Si rileva in dottrina, TARCHI R., op cit., pag. 490, come esistano almeno due nozioni distinte di loi de validation. Una prima, più ampia, secondo la quale “la validation legislative consiste in un intervento del legislatore visant à préserver, totalment ou partiellement, due controle juridictionnel (ou des ses effets) des dispositions conteues dans un acte administratif”, una seconda che afferma come il tratto distintivo di tali leggi risieda “dans son caractère intrinsèque de lois statuant des injonctions et ne modifiant pas les dispositions préexistantes.”

²⁶² In tal senso ROSELLI F., *Sull'affidamento del cittadino*, in Scintillae Iuris, Studi in memoria di Gino Gorla, Milano, 1994, pag. 331, secondo cui le leggi di sanatoria “da un lato migliorano la posizione del beneficiario ma dall'altro possono peggiorare quella di altri soggetti, controinteressati”. In senso contrario TARCHI R., op cit., pag. 324, nota 40, che sottolinea come “in genere si tende ad escludere che l'affidamento su uno stato di incertezza sia meritevole di tutela”.

²⁶³ Così RESCIGNO G. U., *Sanatoria ope legis di atti invalidi – Reiterabilità di disposizioni dichiarate incostituzionali*, in Giurisprudenza Costituzionale, 1963, pag. 1256.

separazione dei poteri e alla specifica garanzia prevista dall'art. 113 della Costituzione ²⁶⁴. Una posizione che, pur non avendo riscontrato un immediato consenso né in dottrina ²⁶⁵ né nella giurisprudenza della Corte costituzionale ²⁶⁶ (che ha affermato come tale argomentazione non assuma autonoma rilevanza rispetto al generale divieto di norme personali sulla base del quale deve essere valutata la legittimità degli interventi legislativi retroattivi di sanatoria), riecheggia la già analizzata problematica dell'interferenza da parte dello Stato nei procedimenti in corso ai fini di determinarne l'esito.

In conclusione, alla luce delle argomentazioni offerte dalla dottrina e dalla più recente giurisprudenza costituzionale ed europea, per queste leggi appare doversi escludere l'esistenza di un regime di favore che le sottragga al generale principio di irretroattività della legge, la cui derogabilità, come abbiamo visto, è consentita soltanto nel caso in cui sussistano "motivi imperativi di interesse generale".

Anche in questo caso, allora, la ricorrenza dei presupposti tipici delle leggi cd. di sanatoria potrà essere valutata unitamente al fine perseguito dal legislatore, così come già suggerito per gli elementi tipici delle leggi di interpretazione autentica (vedi supra) come elemento che lascia presumere la ragionevolezza della norma impugnata ²⁶⁷, non escludendo tuttavia la necessità di una verifica da parte della Corte in merito alla congruità dello strumento usato dal legislatore per il

²⁶⁴ In tal senso RESCIGNO G. U., op. cit., pag. 1256 ss. L'autore altresì sottolinea come oltre ad eludere la garanzia posta dall'art. 113 a favore dei cittadini contro l'operato della PA dall'altra ha coscientemente agito per provocare una decisione del giudice diversa da quella che si sarebbe avuta senza il suo intervento.

²⁶⁵ CERRI A., *Leggi retroattive e costituzione – Spunti Critici e Ricostruttivi*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1975, pag. 521.

²⁶⁶ Corte costituzionale, Sentenza n. 77 del 1964.

²⁶⁷ Si riprende, anche se in maniera parziale, l'orientamento seguito in altri ordinamenti, quali ad esempio la Repubblica Federale Tedesca, in ordine a una presunzione di legittimità delle leggi di sanatoria da contrapporre a una presunzione di illegittimità delle disposizioni che sono puramente e semplicemente retroattive.

perseguimento del proprio fine²⁶⁸ e a un bilanciamento tra gli interessi tutelati dal legislatore e quelli sacrificati attraverso l'intervento retroattivo dello stesso.

9.1. Le “sanatorie” (*rectius* “i condoni”) in materia edilizia e tributaria

Una particolare attenzione meritano le cd. sanatorie in materia edilizia e tributaria. E cioè quei provvedimenti di carattere temporaneo ed eccezionale attraverso i quali il legislatore sana, previa autodenuncia, fenomeni di abusivismo nell'ambito delle regole di costruzione (condono edilizio), o comportamenti illeciti o irregolari relativi al pagamento delle imposte (condono fiscale).

Innanzitutto, è opportuno sottolineare come attenta dottrina²⁶⁹ abbia criticato la scelta del legislatore di utilizzare la denominazione per tali atti che inevitabilmente esorbitano dalla definizione che è stata attribuita all'istituto dalla dottrina e che è stata riportata nelle pagine precedenti.

Queste leggi hanno come scopo non già quello di sanare situazioni precarie aventi origine “da precedenti atti del governo, della pubblica amministrazione o dello stesso legislatore, che erano in qualche modo viziati e ai quali, in primo luogo, è riconducibile lo stato di precarietà in cui le stesse situazioni vengono a trovarsi”²⁷⁰, ma piuttosto si propongono di legittimare degli stati di fatto *contra ius*, ovvero che sono volte a “sanare” situazioni poste in essere direttamente da attività dell'uomo ma in contrasto con la normativa vigente.

²⁶⁸ Cfr. CELOTTO A., *Il controllo sulle leggi di sanatoria: “schemi” di giudizio di uno scrutinio “particolarmente” rigoroso*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1999, pag. 133.

²⁶⁹ TARCHI R., op. cit., pag. 328.

²⁷⁰ TARCHI R., op. cit., pag. 295.

Rispetto a tali leggi, che in maniera più appropriata possono essere definite “leggi di condono”, va rilevato come l’oggetto in questo caso non sia un atto viziato bensì una situazione creata da un fatto dell’uomo ²⁷¹ e la finalità sia esclusivamente quella di rendere legittime delle situazioni formatesi in maniera illecita.

È evidente che in tal caso la legge di sanatoria non risponde all’esigenza di garantire una maggiore certezza del diritto, dal momento che l’instabilità della situazione non deriva da un’incertezza del diritto provocata da errori compiuti da organi pubblici, bensì dalla violazione di leggi da parte del cittadino ²⁷².

Per quanto riguarda la natura retroattiva delle leggi di condono, è indubbio che esse siano naturalmente retroattive poiché operano una rivalutazione del significato giuridico esclusivamente di situazioni di fatto già prodottesi in concreto.

Il diverso presupposto giustificativo su cui si fonda tale tipologia di leggi, nonché la diversa finalità, impediscono di estendere a quelle che più correttamente abbiamo definito leggi di condono le considerazioni relative alla cd. presunzione (seppur relativa) di legittimità delle leggi di sanatoria in senso stretto, prospettate da parte della dottrina.

Al contrario tali disposizioni possono risultare gravemente lesive dell’affidamento riposto dai cittadini “controinterresati” che confidavano nella reazione da parte dell’ordinamento alla condotta illegale perpetrata dai consociati. In questo senso la Corte costituzionale che, con la sentenza n. 16/1992, ha affermato che “una

²⁷¹ ORUSA L., *voce Sanatoria*, in *Novissimo Digesto*, pag. 463.

²⁷² In tal senso TARCHI R., *op. cit.*, pag. 329.

normativa consolidante situazioni di fatto costituite illegalmente (...) è di per sé causa di ben più gravi e durature tensioni sociali, oltre che esempio di diseducazione civile, dimostrandosi ai cittadini rispettosi delle leggi che essi, anziché tutelati, sono spogliati dalle loro spettanze a favore di chi (...) ha violato la legge”²⁷³.

10. Retroattività e leggi regionali. Cenni.

La possibilità per il legislatore regionale di emanare, allo stesso modo del legislatore nazionale, disposizione legislative retroattive è ormai un dato pacifico, soprattutto alla luce del nuovo art. 117 Cost. così come riformulato dalla legge costituzionale n. 3/2001, che ha sostanzialmente equiparato i limiti che incontrano il legislatore nazionale e quello regionale nello svolgimento dell’attività legislativa²⁷⁴.

²⁷³ Attraverso la sentenza n. 16/1992 la Corte dichiara incostituzionale una legge della Regione Sicilia che disponeva la regolarizzazione dell’occupazione abusiva di alloggi di edilizia popolare – con compensazione del già individuato legittimo assegnatario, cui non è stata consegnata l’abitazione perché illecitamente occupata, mediante la mera attribuzione di precedenza nell’assegnazione di altro alloggio.

²⁷⁴ Costituzione della Repubblica Italiana, Art. 117 comma 1 “La potestà legislativa è esercitata dallo Stato [70 e segg.] e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.”

Per una puntuale ricostruzione dell’evoluzione del regionalismo italiano, con particolare riguardo alla riforma del Titolo V e del riparto di competenze legislative si veda F. LEOTTA, *La competenza legislativa nei sistemi autonomismi. Dalla crisi della sovranità statale all’affermarsi della sussidiarietà*, Milano, 2007, passim.

La bibliografia, sul punto, è copiosa. Cfr., a mero titolo d’esempio, ANZON A., *I poteri delle regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Torino, 2002, 109; CARETTI P., *L’assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione: aspetti problematici*, in *Le Regioni*, 2001, 1225 ss.; D’ATENA A., *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quad. cost.* 2003, 15 ss.; BIN R., *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale - Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V*, in *Scritti in memoria di L. Paladin*, I, Napoli, 2004, 321 ss. part. § 6; FERRO G. A., *Le norme fondamentali di riforma economico sociale ed il nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Nuove autonomie*, 2005, 633 ss.; RUGGERI A., *La riforma costituzionale del Titolo V e i problemi della sua attuazione, con specifico riguardo alle dinamiche della normazione ed al piano dei controlli*, in *Quaderni*

Tuttavia appare opportuno rendere conto brevemente dell'elaborazione dottrina e giurisprudenziale intorno alla possibilità per il legislatore regionale di emanare leggi retroattive alla luce di quanto disposto dall'art. 117 Cost. nella sua originaria formulazione che prevedeva la possibilità per la Regione di emanare nelle materie in esso elencate “*norme legislative nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato*”²⁷⁵.

Per quanto riguarda il dibattito in dottrina in merito all'ammissibilità nel nostro ordinamento di leggi regionali retroattive, va innanzitutto rilevato che la maggioranza degli autori dell'epoca sosteneva che la potestà normativa delle regioni dovesse conformarsi al principio di irretroattività quale principio generale dell'ordinamento²⁷⁶, tra l'altro espressamente codificato nell'art. 11 delle Preleggi, ammettendo, parte della dottrina, la possibilità di deroga a tale principio soltanto in relazione alle leggi di interpretazione autentica²⁷⁷.

Altra parte della dottrina²⁷⁸ si poneva in contrasto con gli orientamenti sopra citati e negava che il principio di irretroattività costituisse un limite assoluto per il legislatore regionale. Affermava, infatti, che “un principio dell'ordinamento,

regionali 2001, 565 ss., 593 (Relazione al Seminario dell'A.I.C. Il nuovo Titolo V della parte II della Costituzione, Bologna 14 gennaio 2002); nonchè MANGIAMELI S., *La riforma del regionalismo italiano*, Torino 2002, 135.

²⁷⁵ Il limite dei principi dell'ordinamento è contenuto altresì negli statuti speciali (art. 3 Statuto Regione Sardegna; art. 2 Statuto della Valle d'Aosta; art. 4 Statuto Trentino Alto Adige; art. 4 Statuto Friuli Venezia Giulia) a eccezione di quello siciliano.

²⁷⁶ Sulla necessità che il legislatore regionali si conformi, non soltanto ai principi stabiliti espressamente dallo Stato, ma a fortiori con i principi generali dell'ordinamento vedi PALADIN L., *La potestà legislativa regionale*, Cedam, Padova, 1958, pag. 130, nt. 17 secondo il quale “la potestà legislativa regionale sarebbe implicitamente vincolata a rispettare i principi generali del diritto al fine di garantire l'unità dell'ordinamento giuridico” e MAZZIOTTI DI CELSO M., *Studi sulla potestà legislativa delle regioni*, Giuffrè, Milano, 1961, pag. 100, il quale sostiene che “tra i principi stabiliti dalle leggi dello Stato e i principi generali dell'ordinamento giuridico vi sarebbe una sostanziale assimilabilità.”

²⁷⁷ MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1960 I, 305 ss che dice che il principio di irretroattività si afferma altresì per le leggi regionali con carattere generale, con la sola eccezione delle leggi interpretative, che sembrano rientrare nella competenza regionale”.

²⁷⁸ GROTTANELLI de' SANTI G., *Profili costituzionali*, op. cit., pag. 258.

quando è inespresso o insufficientemente formulato, vale in modo vincolante per la Regione unicamente nei limiti nei quali esso si dimostra vivente al livello statale, di talché il divieto in esso eventualmente contenuto non sussiste ogni qualvolta si possa dimostrare che la legge statale vi deroghi in modo normale, costante e consolidato.”

Da tale impostazione, fondata sulla insufficiente formulazione del principio, deriva che il divieto di retroagire si configura, per il legislatore regionale così come per quello nazionale come una mera direttiva interpretativa.

Su questo argomento, anche la giurisprudenza costituzionale si è evoluta. Sin dalle sue prime pronunce, la Corte costituzionale ²⁷⁹ è intervenuta sulla questione, pur senza entrare nei dettagli, affermando che, così come sottolineato da autorevole dottrina, “la legge regionale che avesse disposto anche per il passato avrebbe violato il principio generale della irretroattività, facendo da ciò discendere un limite di carattere assoluto alla potestà normativa delle regioni” ²⁸⁰.

Un orientamento ripreso dalla giurisprudenza costituzionale ²⁸¹ degli anni immediatamente successivi, che continua in maniera ancor più netta a negare

²⁷⁹ Corte costituzionale, Sentenza n. 116/1957. Si omette volontariamente di citare la prima sentenza con la quale la Corte costituzionale ha preso posizione in merito all'ammissibilità delle leggi regionali retroattive, la n.44 del 1957, in quanto in tale sentenza giudice delle leggi sostiene come gli organi regionali non abbiano il potere di regolare tramite leggi ad efficacia retroattiva situazioni precedentemente disciplinate da legge statale, pena la violazione del fondamentale principio dell'unità dell'ordinamento giuridico statale. Fondando, quindi, il divieto in capo alle Regioni di adottare leggi ad efficacia retroattiva non sul principio di irretroattività, inteso come principio inderogabile dalla legislazione regionale, ma su un principio del tutto diverso e in relazione a un ambito materiale ove si poneva uno specifico problema di coesistenza tra precedente disciplina statale e nuova disciplina regionale che si sovrapponeva alla stessa con efficacia ex tunc.

²⁸⁰ CASTORINA E., *Spunti problematici a proposito d'una sentenza della corte in materia di leggi regionali interpretative*, op. cit., pag. 1726.

²⁸¹ Cfr, Corte costituzionale, Sentenza n. 23 1978 e n. 187/1981 e soprattutto n. 91/1982. In quest'ultima sentenza la Corte, abbandonata ogni incertezza, afferma chiaramente l'illegittimità

spazio all'interno dell'ordinamento giuridico a leggi regionali retroattive, incluse quelle di interpretazione autentica.

A partire dall'ordinanza n. 713/1988 si registra nella giurisprudenza costituzionale un netto mutamento d'opinione (si può qui parlare di un vero e proprio *overruling*) con l'affermazione, per la prima volta, da parte dei giudici della Consulta del principio secondo cui "l'art. 11 delle Disposizioni Preliminari al Codice Civile non può assumere per il legislatore regionale altro e diverso significato da quello che esso assume per quello statale."

Un orientamento ripreso con la sentenza n. 19/1989 con cui la Corte sottolinea la possibilità per il legislatore regionale, così come per il legislatore statale, di emanare fuori della materia penale norme legislative alle quali possa essere attribuita efficacia retroattiva ²⁸².

Nel sancire l'equiparazione tra il legislatore regionale e quello nazionale, in ordine alla possibilità di emanare disposizioni retroattive, la decisione 19/1989 della Corte costituzionale sembra espungere il divieto di retroattività dal coacervo dei tradizionali principi generali dell'ordinamento (cui il legislatore regionale deve attenersi) arrivando alla conclusione che questo non possa in alcun modo costituire un limite per il legislatore regionale: né in senso assoluto come essa stessa aveva sostenuto in precedenza, né in senso relativo, come sostenuto dall'autorevole dottrina già citata ²⁸³. Non si può non rilevare come questa posizione espressa dalla Corte si ponga in aperta contraddizione con altre e

costituzionale di una disposizione legislativa retroattiva adottata dalla Regione Emilia-Romagna per contrasto con il principio di irretroattività sancito dall'art. 11 Preleggi.

²⁸² Corte costituzionale, Sentenza n. 19/1989.

²⁸³ In tal senso CASTORINA E., Spunti problematici a proposito d'una sentenza della corte in materia di leggi regionali interpretative, in *Le regioni*, 1990, pag. 1728 ss.

successive pronunce della stessa con cui si afferma che il principio di irretroattività costituisce un “principio generale dell’ordinamento”²⁸⁴.

Nonostante l’evidenza di tale contraddizione, come accennato in apertura del presente paragrafo, la questione della coerenza delle argomentazioni utilizzate dalla Corte costituzionale per giustificare il proprio giudizio positivo sull’ammissibilità della legislazione regionale retroattiva perde di rilevanza in seguito alla riforma del Titolo V, operata con la legge costituzionale 3/2001, con la sostanziale equiparazione tra legislatore nazionale e legislatore regionale in ordine ai limiti a cui è sottoposta l’attività di produzione normativa. Da tale equiparazione è quindi possibile dedurre la validità, anche per il legislatore regionale, degli stringenti limiti imposti dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, e in parte dalla nostra giurisprudenza costituzionale, in materia di disposizioni legislative retroattive.

11. Le disposizioni retroattive in materia di competenza del giudice.

Cenni.

Un argomento particolarmente controverso è rappresentato dalle disposizioni retroattive in materia di competenza del giudice.

Rispetto a tali disposizioni, infatti, si segnala come in dottrina sia stato più volte rilevato il contrasto di tali interventi con le disposizioni dell’art. 25 comma 1 della

²⁸⁴ Corte costituzionale, Sentenza 229/1999.

Costituzione, secondo il quale “nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge”.

Il presente assunto, secondo alcuni Autori, costituirebbe una “indicazione chiarissima contro la retroattività”²⁸⁵, che pur non essendo idonea a essere estesa a tutte le disposizioni che regolano il processo, pone espressamente il divieto della costituzione retroattiva del giudice. Autorevole dottrina sottolinea che “un divieto di retroattività ha senso nelle norme che attengono alla competenza dell’organo e alla legittimazione del funzionario, perché occorre non predeterminare le decisioni scegliendo il giudice *ex post facto*”²⁸⁶.

In particolar modo, secondo i sostenitori di tale tesi, in materia di precostituzione del giudice il divieto di retroattività è secco e assolutamente inderogabile²⁸⁷.

La giurisprudenza della Corte costituzionale, se in un primo momento sembrava condividere tale impostazione della dottrina, accogliendo una interpretazione dell’art. 25, 1° comma Cost. più aderente alla sua formulazione letterale e al suo significato garantistico²⁸⁸, ha successivamente modificato i propri orientamenti interpretando in senso restrittivo il predetto divieto e affermando che “la illegittima sottrazione della regiudicanda al giudice precostituito si verifica tutte le volte che il giudice venga designato a posteriori in relazione ad una determinata

²⁸⁵ GROTANELLI DE SANTI G., op. cit., pag. 210.

²⁸⁶ CERRI A., *Leggi retroattive e costituzione – Spunti Critici e Ricostruttivi*, in Giurisprudenza Costituzionale, 1975, pag. 520.

²⁸⁷ ROMBOLI R., *Il giudice naturale*, Milano, 1981, 220 ss. Nello stesso senso GROTANELLI DE SANTI G., *Profili Costituzionali*, op. cit. pag 210 ss. Secondo il quale “il principio del giudice naturale si pone alla stessa stregua dell’art. 3 Cost. come limite della legge differenziandosi rispetto ai diritti di libertà nei quali più agevole è individuare la nozione di vantaggioso e di svantaggioso.

²⁸⁸ Corte costituzionale, Sentenza 88/1962 con la quale si afferma che “la puntuale significazione (del principio espresso nell’art. 25, comma 1 Cost.) è più efficacemente espressa nel concetto di “pre-costituzione del giudice”, vale a dire della previa determinazione della competenza, con riferimento a fattispecie astratte realizzabili in futuro, non già, a posteriori, in relazione, come si dice, a una regiudicanda già insorta.

controversia o direttamente dal legislatore (...) ovvero attraverso atti di altri soggetti” mentre “il principio costituzionale viene rispettato quando la legge sia pure con effetto anche sui processi in corso, modifica in generale i presupposti o i criteri in base ai quali deve essere individuato il giudice competente”²⁸⁹.

Una presa di posizione non apprezzata dalla dottrina che non ha mancato di evidenziare che “il principio di irretroattività delle norme modificatrici della competenza è stato vulnerato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale”²⁹⁰.

12. Retroattività e materia penale

Il già richiamato esplicito divieto per il legislatore di emanare disposizioni legislative retroattive in materia penale, riconosciuto pacificamente nel diritto internazionale²⁹¹ tra i diritti fondamentali dell'uomo e sancito nel nostro ordinamento dall'art. 25 comma 2 della Costituzione²⁹² e dall'art.7 della CEDU²⁹³, che disegna una ipotesi di irretroattività assoluta²⁹⁴ (e di conseguenza inderogabile), ci impone una riflessione sui confini entro i quali tale divieto assoluto esercita la propria tutela.

²⁸⁹ Corte costituzionale, Sentenza 56/1967.

²⁹⁰ BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, pag. 319.

²⁹¹ Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo, Art. 11, comma 2, “*Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'acte délictueux a été commis*”.

²⁹² Costituzione della Repubblica Italiana, Art. 25 comma 2 “Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”.

²⁹³ Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, Art. 7 “Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso”

²⁹⁴ In tal senso VIGANO F., *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2011, pag. 4, che sottolinea come “l'irretroattività in peius della norma penale è unanimemente considerata quale principio assoluto e non suscettibile di bilanciamento”

Il divieto di retroattività che, in ogni settore dell'ordinamento giuridico, trova fondamento nell'esigenza della previa conoscibilità delle regole da osservare e delle conseguenze della loro violazione, assume in materia penale un particolare significato a tutela della libertà del cittadino, costituendo un "essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore, espressivo dell'esigenza della "calcolabilità" delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale" ²⁹⁵.

Le esigenze di conoscibilità della norma penale sottese al principio di irretroattività, specialmente nella declinazione offertane dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, si traducono nell'obbligo per il legislatore di "definire chiaramente e *preventivamente* sia i reati sia le pene che quelli reprimono: condizione da intendersi soddisfatta se ed in quanto l'imputato possa conoscere, per il tramite della lettura della disposizione pertinente e, se necessario, con l'aiuto dell'interpretazione che ne è stata data dai tribunali, quali atti e omissioni determinano una responsabilità penale" ²⁹⁶.

Se, allora, in dottrina e in giurisprudenza, è pacifico che tale divieto non si limiti a imporre al legislatore di non introdurre con efficacia retroattiva fattispecie criminosi (principio di irretroattività della norma incriminatrice), ma sancisca altresì il principio di irretroattività della disposizione sanzionatoria più sfavorevole, appare opportuno approfondire quali siano i confini entro i quali si

²⁹⁵ Corte costituzionale, n. 394/2006.

²⁹⁶ In tal senso Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia* ripresa in FALCINELLI D., *Schemi di "vera sanzione penale e limiti di retroattività applicativa ovvero prove di forza/compatibilità tra politica criminale nazionale e CEDU* in <http://diritti-cedu.unipg.it>, pag. 6, corsivo aggiunto.

esplica la tutela del principio di irretroattività così come disegnato dalla Costituzione e dalla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo.

Se, ai fini della definizione dei limiti al divieto di retroattività, la materia “penale” è stata interpretata in senso restrittivo dalla giurisprudenza costituzionale come comprensiva solamente delle “norme penali incriminatrici o introduttive di nuove pene ovvero incrementative delle pene stesse” ²⁹⁷, la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, formatasi in particolare sull’interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, ha delineato una nozione di “materia penale” dalla quale è possibile ricavare il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto ²⁹⁸.

La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, come avremo modo di approfondire nelle pagine seguenti tramite alcuni casi concreti, con un approccio pragmatico afferma che le garanzie penalistiche (e in particolar modo il divieto di retroattività) si applicano al di là delle etichette formali ²⁹⁹ e ci invita ad andare “*behind the appearances*”, e a squarciare il velo formale per attingere alla sostanza delle cose, verificando se una certa “*infraction*” o una certa sanzione abbia caratteristiche tali

²⁹⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 246 del 1992.

²⁹⁸ In tal senso FALCINELLI D., *Schemi di “vera” sanzione penale e limiti di retroattività applicativa, ovvero prove di forza/compatibilità tra politica criminale nazionale e CEDU*, op. cit.

²⁹⁹ Cfr. Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sentenza Engel e altri c. Paese Bassi, 8 giugno 1976, “Se gli stati contraenti potessero qualificare a loro modo un’infrazione come di natura disciplinare piuttosto che come penale (...) l’operatività delle disposizioni fondamentali degli articoli 6 e 7 si troverebbe subordinata alla loro volontà sovrana.”

da risultare sostanzialmente o intrinsecamente punitiva, quindi assimilabile alla sanzione o all'illecito penale ³⁰⁰.

Un orientamento, quello della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che sembra essere stato ripreso di recente dal giudice delle leggi che nella sentenza 196/2010 ha affermato che è possibile ricavare dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo «il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto», e quindi, così come osservato in dottrina ³⁰¹, anche al rispetto del principio supremo di irretroattività sfavorevole della legge penale di cui all'art. 7 CEDU.

Fatte queste brevi considerazioni introduttive, sono due gli aspetti sui quali si ritiene opportuno focalizzare l'attenzione: il primo è rappresentato dalla possibilità di configurare nel nostro ordinamento l'esistenza e la rilevanza costituzionale di un generale obbligo di retroattività favorevole in materia penale, vincolante per il legislatore; il secondo, invece, è inerente alla possibilità di ricomprendere nel divieto di retroattività in materia penale delle misure afflittive, quali la confisca e la decadenza dalla carica di parlamentare ai sensi del Decreto Severino.

³⁰⁰ MANES V., *La lunga marcia della convenzione europea ed i "nuovi vincoli per l'ordinamento (e per il giudice penale interno)*, in (a cura di) MANES-ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, pag. 38.

³⁰¹ In tal senso FALCINELLI D., op. cit.

12.1. Segue. L'obbligo di retroattività favorevole.

Se è pacifico in dottrina e nella giurisprudenza di ogni ordine e grado che il principio di irretroattività della legge penale “si connota come valore assoluto non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali”³⁰² appare opportuno interrogarsi sulla posizione che nel nostro ordinamento riveste il cd. principio di retroattività della legge più favorevole, anche alla luce delle recenti evoluzioni della giurisprudenza costituzionale ed europea.

Tale principio viene esplicitamente enunciato nel nostro ordinamento dall'art. 2 del Codice Penale³⁰³, che scandisce il canone c.d. del *favor*, secondo cui di regola si dà applicazione retroattiva alla legge più favorevole intervenuta dopo il fatto commesso, sia che si tratti di *abolitio criminis*, sia nel caso di mero più favorevole trattamento penalistico.

Nonostante le ragioni a sostegno di tale principio siano ampiamente radicate nella cultura giuridica italiana³⁰⁴, l'esigenza di non punire fatti che dopo essere stati

³⁰² Corte costituzionale, Sentenza n. 394/2006.

³⁰³ Codice Penale, Art. 2 “Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato.

Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali.

Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'articolo 135.

Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile. Se si tratta di leggi eccezionali o temporanee, non si applicano le disposizioni dei capoversi precedenti.

Le disposizioni di questo articolo si applicano altresì nei casi di decadenza e di mancata ratifica di un decreto-legge e nel caso di un decreto-legge convertito in legge con emendamenti.”

³⁰⁴ Si vedano le riflessioni sul codice penale sardo di COSENTINO V., *Il Codice penale del 20 novembre 1859*, IV ed., Napoli, 1879, pag. 29, secondo cui “punire l'azione, che più maturato e saggio giudizio del legislatore ha riconosciuta lecita solo perché commessa precedentemente, sarebbe una mostruosità giudiziaria (...) una manifesta ingiustizia.” Cfr altresì CIVOLI C., *Manuale di diritto penale*, Milano, 1900, pag. 65 secondo cui “collo scriminare un fatto prima punibile si riconosce come (...) lo Stato non abbia al presente alcun interesse a cercar di

commessi abbiano cessato di costituire reato (o siano stati comunque sottoposti ad una pena meno afflittiva) non ha trovato un esplicito richiamo nella Costituzione.

La mancata esplicita costituzionalizzazione di tale principio, consacrato nel diritto internazionale attraverso l'articolo 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici ³⁰⁵, non ha impedito alla dottrina e alla giurisprudenza costituzionale, con il contributo determinante della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, di interrogarsi in ordine alla posizione che tale principio riveste all'interno del nostro ordinamento.

La Corte costituzionale, in contrapposizione con parte della dottrina ³⁰⁶, ha più volte escluso nel passato che la regola della retroattività della legge penale favorevole abbia acquisito dignità costituzionale alla stregua dell'art. 25 comma 2 della Costituzione ³⁰⁷, affermazione di recente ribadita dalla Corte con la sentenza 236/2011.

Questa affermazione non comporta "l'irrelevanza costituzionale" del principio di retroattività della lex mitior, il cui fondamento costituzionale è stato individuato

distogliere i cittadini dal compierlo, sicché non v'è alcuna ragione a perseverare nell'applicazione di quelle pene, che tendevano appunto a questa meta"

³⁰⁵ Tale atto adottato a New York il 16 dicembre del 1966 dall'Assemblea Generale dell'ONU ed entrato in vigore nel nostro ordinamento il 15 dicembre 1978 recita all'art. 15 che "*Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier*".

³⁰⁶ Sulla riconducibilità della regola della retroattività della legge favorevole all'art. 25 comma 2 della Costituzione cfr. PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Pt. g.*, VIII ed., Milano, 2003, 115 secondo cui il fondamento del divieto di irretroattività della legge penale non è da rinvenirsi nell'esigenza di certezza del diritto bensì costituisce un mero corollario del superiore principio di favor libertatis.

³⁰⁷ Va rilevato come la regola della legge penale favorevole era stata inserita dall'Assemblea costituente nel progetto di Costituzione che all'art. 20 prevedeva espressamente che "nessuno può essere punito se non in virtù di una legge in vigore prima del fatto commesso e con la pena in essa prevista, salvo che la legge posteriore sia più favorevole al reo". Tale ultima parte della disposizione è stata però oggetto di un emendamento soppressivo.

dal giudice delle leggi, in accordo con la dottrina prevalente ³⁰⁸, così come esplicitato chiaramente nella sentenza 394/2006, nel principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione “che impone, in linea di massima di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi sono stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto *l'abolitio criminis* o la modifica mitigatrice” ³⁰⁹. Da ciò si deduce come costituisca un comportamento discriminatorio punire in maniera differenziata soggetti responsabili della medesima violazione, soltanto in ragione della diversa data di commissione del reato ³¹⁰.

In dottrina ³¹¹ si rileva come attraverso alcune sue pronunce la Corte ³¹² abbia individuato nel diritto all'applicazione retroattiva della norma penale più mite un principio fondamentale che può essere derogato soltanto al fine di tutelare interessi di rilievo costituzionale, pena l'irragionevolezza della deroga. La scelta di derogare alla retroattività di una norma penale più favorevole al reo deve superare quindi un vaglio positivo di ragionevolezza secondo lo “scrutinio stretto” effettuato dalla Corte.

La prima di tali pronunce è rappresentata dalla sentenza 393/2006 attraverso la quale la Corte costituzionale ha statuito sulla questione relativa alla legittimità

³⁰⁸ In tal senso FIANDACA G. – DI CHIARA G., *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, pag. 93; FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale*, Bologna, 2009, 76; MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, Milano, 2009, pag. 88.

³⁰⁹ Corte costituzionale, 23 novembre 2006, n. 394.

³¹⁰ Così VIGANO F., *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, op. cit., pag. 4, che sottolinea altresì come tale discriminazione è ancor più evidente dei casi di *abolitio criminis* affermando che risulta a fortiori discriminatorio “che uno di tali soggetti continui ad essere punito e l'altro si sottragga a qualsiasi sanzione penale in ragione soltanto del diverso tempus commissi delicti.”

³¹¹ In tal senso GAMBARDELLA M., *Il Caso Scoppola: per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in Cassazione Penale, 2010, pag. 2037 ss.

³¹² Corte costituzionale, Sentenze n. 393/2006, n. 72/2008, n. 215/2008.

costituzionale della legge 251/2005 cd. ex-Cirielli ³¹³ nella misura in cui attraverso l'art. 10 della legge prevedeva che le disposizioni che riformulavano i tempi di prescrizione di cui all'art. 157 c.p., nel caso in cui tali termini fossero risultati più brevi, non si sarebbero applicate ai procedimenti in corso già pendenti in primo grado ove vi sia stata la dichiarazione di apertura del dibattimento.

In questo caso la Corte, chiamata a valutare se la scelta compiuta dal legislatore di derogare con la norma in esame alla regola della *lex mitior* (i cui fondamenti possono essere rilevati sia nella costituzione che nel diritto sovranazionale) sia assistita da ragioni che la giustifichino, dichiara incostituzionale le disposizioni impugnate in quanto la deroga operata dal legislatore non è diretta a tutelare interessi costituzionali di pari rilevanza ³¹⁴.

La seconda di tali sentenze è rappresentata dalla sentenza 72/2008, attraverso la quale la Corte è tornata a occuparsi della disciplina transitoria in materia di prescrizione di cui all'art. 10, comma 3 della legge n. 251 del 2005, nella parte che non era stata oggetto della dichiarazione d'illegittimità costituzionale di cui alla già sentenza n. 393 del 2006, giungendo ad un esito opposto rispetto al proprio precedente giudizio.

³¹³ Tale legge (la cui denominazione è da ricondurre al fatto che il suo primo firmatario, Edmondo Cirielli, la sconfessò pubblicamente, votando contro la sua approvazione, a seguito delle modifiche apportate dal parlamento) ha introdotto modifiche al codice penale italiano e alla legge n. 354/1975 in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione. La questione maggiormente controversa, proprio relativamente alle disposizioni relative alla modifica del calcolo dei termini di prescrizione, per la quale la legge è stata oggetto delle numerose pronunce della Corte costituzionale analizzate nel testo, riguarda l'esplicita previsione da parte del legislatore della irretroattività delle disposizioni in essa contenute.

³¹⁴ Secondo la Corte inoltre la norma impugnata nell'agganciare la deroga all'irretroattività *in mitius* al criterio dell'apertura del dibattimento, ha adottato un criterio "non idoneo a correlarsi significativamente all'istituto della prescrizione ed al complesso delle ragioni che ne costituiscono il fondamento." In tal senso VIGANO F., Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole, op. cit. pag. 5 che sottolinea come la Corte ritenga tale scansione processuale scarsamente significativa anche perché non presente nei riti alternativi con i quali si definisce un gran numero di procedimenti in primo grado.

In questo caso la Corte fa salva la disposizione impugnata perché non soltanto “la circostanza che nel processo sia stata pronunciata una sentenza (di primo grado) è significativamente correlata all'istituto della prescrizione” ma soprattutto perché la deroga ivi prevista dal legislatore al principio della retroattività della *lex mitior* trova il proprio fondamento nell'esigenza di “evitare la dispersione delle attività processuali già compiute all'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005, secondo scadenze calcolate in base a tempi di prescrizione più lunghi vigenti all'atto del loro compimento” tutelando così “interessi di rilievo costituzionale sottesi al processo”.

Meritevole di attenzione è altresì la sentenza n. 215/2008 con la quale la Corte costituzionale si è pronunciata sulla legittimità delle disposizioni intertemporali contenute nella legge n. 266 del 2005, che nel trasformare in illecito amministrativo le fattispecie contravvenzionali finalizzate al contrasto del gioco d'azzardo con apparecchi vietati, disponevano contemporaneamente l'applicazione della legge vigente al momento del fatto, alle violazioni commesse in epoca antecedente alla novella, così derogando al principio di retroattività della *lex mitior*.

La deroga a tale principio, nel caso di specie, viene ritenuta illegittima dalla Corte, così come avvenuto nel caso della sentenza 393/2006, per la mancata individuazione di contrapposti interessi di rilievo costituzionale che la giustificano in quanto insufficiente, se non meramente pretestuosa, viene considerata la giustificazione fornita dal legislatore di “garantire chiarezza relativamente all'applicazione del nuovo apparato sanzionatorio”.

Dall'analisi delle tre sentenze risulta chiaro che la Corte ritiene che “il principio di retroattività della *lex mitior* ha una valenza ben diversa, rispetto al principio di irretroattività della norma penale sfavorevole” in quanto, come sottolineato nelle pagine precedenti, “quest’ultimo si pone come essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore, espressivo dell’esigenza della calcolabilità delle conseguenze giuridico penali della propria condotta quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale” mentre “il principio di retroattività della norma più favorevole non ha alcun collegamento con la libertà di autodeterminazione individuale, per l’ovvia ragione che la *lex mitior* sopravviene alla commissione del fatto al quale l’autore si era liberamente autodeterminato”³¹⁵.

Prima di procedere all’analisi dei più recenti orientamenti della Corte costituzionale sul tema, e al fine di dare una risposta esauriente all’interrogativo posto all’inizio del presente paragrafo, appare necessario soffermarci brevemente sulla collocazione del principio della retroattività della legge più favorevole dell’ordinamento europeo.

Si ricorda che il principio di retroattività favorevole trova una propria consacrazione anche nell’ordinamento dell’Unione Europea, attraverso l’art 49 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione, che dopo aver stabilito, con una formulazione identica a quella del già citato art. 7 CEDU, che “nessuno può essere condannato per una azione o un’omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella

³¹⁵ Corte costituzionale, Sentenza 394/2006.

applicabile al momento in cui il reato è stato commesso”, aggiunge che “se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l’applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest’ultima”. Un’affermazione che guadagna ancora più importanza alla luce della rinnovata forza acquisita dalla Carta dei diritti fondamentali dell’UE in seguito all’approvazione del Trattato di Lisbona, attraverso il quale viene sancito che la Carta “ha lo stesso valore giuridico dei trattati”³¹⁶.

Un riconoscimento esplicito di tale principio viene effettuato altresì dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea che, con la sentenza Berlusconi, afferma, mutando il proprio orientamento precedente, che il principio dell’applicazione retroattiva della legge penale più favorevole rappresenta un principio internazionalmente riconosciuto, nonché richiamato nell’art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, e pertanto esso, facendo “parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”³¹⁷ non va assolutamente considerato un principio giuridico puramente nazionale, ma anche un principio generale del diritto comunitario di cui il giudice nazionale deve tenere conto, in linea di principio, quando applica il diritto nazionale.”

Una posizione, quella della Corte che, sebbene sia rilevante esclusivamente nelle fattispecie alle quali risulta applicabile il diritto comunitario (*rectius* dell’Unione),

³¹⁶ TUE, Art. 6.1 “L’Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati”.

³¹⁷ CGCE, sent. 3 maggio 2005, cit., § 68. Un’affermazione apodittica quella della Corte di Giustizia criticata aspramente dalla dottrina. Su tutti CABIDDU M. A., *L’orologio, la bilancia e la spada*, in BIN R. – BRUNELLI G. – PUGIOTTO A. – VERONESI P., *Ai confini del “favor rei”*, Torino, 2005, 132; DAVIGO P., *I reati concernenti le false comunicazioni sociali. Tra prospettive comunitarie e legittimità costituzionale*, in DRAETTA U. – PARISI N. – RINOLDI D. (a cura di), *Lo spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia dell’Unione europea. Principi fondamentali e tutela dei diritti*, Napoli, 2007, pag. 188.

contribuisce ad arricchire le argomentazioni di chi sostiene che il principio di retroattività della *lex mitior* dovrebbe aver riconosciuta una maggiore tutela all'interno del nostro ordinamento.

Per quanto riguarda la posizione del principio della retroattività della *lex mitior* nell'ordinamento della CEDU, è possibile constatare che fino alla pronuncia sul caso Scoppola ³¹⁸, la costante giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo aveva affermato che l'art. 7 della CEDU, pur non impedendo un'applicazione retroattiva delle leggi penali di favore ³¹⁹, non garantisce il diritto a beneficiare della applicazione di una pena più mite prevista da una legge posteriore al reato. Un orientamento espresso per la prima volta nel caso *X c. Germania* ³²⁰, e successivamente ripreso nelle pronunce relative ai casi *Le Petit c. Regno Unito* e *Zaprianov c. Bulgaria*.

Tale orientamento viene successivamente mutato dalla Corte nella già citata pronuncia sul caso Scoppola ³²¹ con la quale per la prima volta, così come auspicato in precedenza da autorevole dottrina ³²², si è riconosciuto il principio

³¹⁸ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Scoppola c. Italia, 17 settembre 2009.

³¹⁹ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, G. c. Francia 27 settembre 1995.

³²⁰ In tale caso, nel quale il ricorrente era stato condannato a una multa per la violazione del codice sulle imposte nonostante la successiva abrogazione della disposizione interessata, i Giudici di Strasburgo rilevano che “nel caso di specie, una parte dei fatti posti a carico del ricorrente sono stati in qualche misura, oggetto di decriminalizzazione. Nondimeno l'azione del ricorrente, al momento in cui era stata commessa, costituiva un reato secondo il diritto nazionale ai sensi dell'art. 7,1, cosicché il ricorso è manifestamente infondato.”

³²¹ Con il ricorso davanti alla Corte Europea, Scoppola, condannato all'ergastolo, con il rito abbreviato, per omicidio, tentato omicidio e altri reati minori, sostiene che lo Stato Italiano, in violazione dell'art. 7 CEDU abbia applicato retroattivamente il disposto del d.l. 341/2000 (che interpretava autenticamente l'art. 30 della l. 479/1999 affermando che, in caso di accesso al rito abbreviato, alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno si sostituisca la pena dell'ergastolo, e non la reclusione di anni trenta) pur prevedendo lo stesso un trattamento sanzionatorio deteriore rispetto a quello previsto al momento dell'accesso al rito abbreviato da parte dell'imputato.

³²² Cfr. SOYER, L'article 7 de la Convention existe-t-il?, in Aa. Vv., Protection des droits de l'homme: la perspective européenne – Mélanges à la mémoire de R. Ryssdal, Berlin 2000, pag. 1344 secondo il quale la Convenzione impone la retroattività della legge favorevole anche rispetto agli ordinamenti che non conoscono esplicitamente tale regola.

dell'applicazione retroattiva della pena più mite “quale ulteriore proiezione del *nullum crimen sine lege*”³²³.

Nella pronuncia in oggetto i giudici di Strasburgo, seguendo un approccio “dinamico ed evolutivo” condannano l'Italia per violazione dell'art. 7 CEDU e affermano che dalla decisione *X. c Germania* del 1978, “si è formato progressivamente un consenso a livello europeo e internazionale per considerare che l'applicazione della legge penale che contempla una pena più mite, anche posteriore alla commissione del reato, sia diventata un principio fondamentale del diritto penale”³²⁴.

La Corte, quindi, muta la propria giurisprudenza e afferma che l'art. 7 della CEDU non garantisce soltanto il principio di irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole. Corollario di tale affermazione è il fatto che in caso di divergenza tra la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali successive adottate prima della pronuncia della sentenza definitiva, il giudice dovrà applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo.

Così come argomentato in dottrina³²⁵, la sentenza *Scoppola c. Italia* riecheggia il nostro comma 4 dell'art. 2 c.p. dove asserisce che il principio di retroattività della *lex mitior* si concretizza nella regola “la quale vuole che, se la legge penale in

³²³ MANES V., La lunga marcia della convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l'ordinamento (e per il giudice penale interno), op. cit., pag. 29.

³²⁴ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, § 106. In particolare la Corte fa riferimento all'art. 9 della Convenzione americana sui diritti dell'uomo; al già citato art. 49.1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; alla già citata sentenza 3 maggio 2005 della Corte di giustizia delle Comunità europee; all'art. 24.2 dello Statuto della Corte penale internazionale; alla giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per i fatti nella ex-Jugoslavia (TPIY).

³²⁵ GAMBARDELLA M., *Il Caso Scoppola: per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, op. cit., pag. 2026.

vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia definitiva sono differenti, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato.”

Concluso questo breve percorso attraverso la giurisprudenza delle Corti Europee sul principio di retroattività della legge favorevole, è opportuno interrogarci sulle ricadute che il nuovo orientamento della Corte di Strasburgo, adottato non senza qualche contrasto interno alla Corte ³²⁶ e ribadito di recente nella pronuncia sul caso Morabito ³²⁷, può avere all'interno del nostro ordinamento.

A tale proposito è opportuno rilevare che sin dai primi commenti sulla sentenza Scoppola, in dottrina ³²⁸ si osservava come nel caso di *abolitio criminis* il livello di garanzia prestato dal diritto interno, imperniato sul principio di uguaglianza, fosse maggiormente elevato rispetto a quello affermato dai giudici di Strasburgo, mentre in relazione alle ipotesi di successione meramente modificativa viene in

³²⁶ Si fa riferimento alla severa dissenting opinion espressa dal giudice dal giudice Nicolaou e condivisa dai giudici Bratza, Lorenzen, Jočiene, Villiger e Sajó, con la quale essi affermano che il principio della *lex mitior* non può essere desunto dall'art. 7 della CEDU. In particolar modo i giudici sottolineano che quando l'art. 7.1 CEDU è stato adottato, il principio della *lex mitior* non ne faceva parte e nulla ha lasciato intendere che si potesse pensare all'epoca ad una sua incorporazione nel principio di legalità e ricordano che la giurisprudenza della Corte (Caso Johnston e altri c. Irlanda) ha affermato come non sia potere dei giudici di Strasburgo “estrarre dalla Convenzione, attraverso una interpretazione evolutiva, un diritto che non vi è inserito in partenza.”

³²⁷ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Morabito c. Italia, 27 aprile 2010, nella quale la Corte ribadisce che “le disposizioni che definiscono i reati e le pene sottostanno a delle regole particolari in materia di retroattività che includono anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole all'imputato.”

³²⁸ GAMBARDELLA M., *Il Caso Scoppola*, op. cit., pag. 2046 ss. In particolar modo in ordine alle legge meramente modificative egli osserva che “il controllo di ragionevolezza sulla norma mediante la ponderazione tra interessi contrapposti da affidare in prima battuta al legislatore nazionale e poi all'eventuale scrutinio della Corte costituzionale mira a garantire un ragionevole bilanciamento tra i diversi interessi fondamentali che si contendono il campo allo stesso modo del controllo di costituzionalità che si effettuerebbe attraverso il parametro dell'art. 117 integrato dalla norma CEDU.”

rilievo nell'ordinamento nazionale una tutela di eguale livello rispetto a quella CEDU ³²⁹.

Tale orientamento viene confermato dalla Corte costituzionale con la Sentenza 236/2011, con la quale la Consulta è stata nuovamente chiamata a valutare la legittimità costituzionale della famigerata ex legge Cirielli, stavolta alla luce di un diverso parametro costituzionale rappresentato dall'art. 117 c. 1 Cost. in rapporto alla norma interposta di cui all'art. 7 CEDU.

In tale pronuncia la Consulta, operando “un ardito *distinguishing*” ³³⁰, sottolinea come dalla sentenza Scoppola non sia dato desumere l'affermazione di un principio di retroattività più favorevole che si differenzi per la sua rigidità da quello che aveva già trovato riconoscimento nella propria giurisprudenza.

A sostegno della loro argomentazione i giudici della Consulta da un lato ribadiscono che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo “nulla ha detto per far escludere la possibilità che in presenza di particolari situazioni il principio di retroattività in mitius subisca deroghe o limitazioni”, e dall'altro sottolineano che “se la retroattività non può essere esclusa solo perché la pena più mite non era prevista al momento del fatto è legittimo concludere che la soluzione può essere diversa quando le ragioni per escluderla siano altre e consistenti” ³³¹.

³²⁹ Sul diverso livello di tutela apprestato dai giudici costituzionali nei casi di abolitio criminis, nei quali il principio di retroattività della lex mitior ha uno statuto “fortissimo”, e nei casi di modificazione meramente migliorativa, per i quali la possibilità della deroga alla lex mitior non è esclusa in senso assoluto, vedi PULITANO', *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2008, pag. 950 e DODARO G., *Principio di retroattività favorevole e termini più brevi di prescrizione dei reati*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2006, 4121 ss.

³³⁰ In tal senso COLOMBI F., *Gli strumenti di garanzia dei diritti fondamentali fra costituzione e CEDU: riserva di legge e base legale. Riflessioni a margine di un obiter dictum di corte cost. sent. 8 ottobre 2012 n. 230*, in *Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti*, n. 3/2013, pag. 6, nota 22.

³³¹ Corte costituzionale, Sentenza 236/2011.

Siffatta argomentazione, invero affermata in maniera apodittica dai giudici della Corte, è stata ritenuta “arbitraria se non addirittura capziosa” da alcuni commentatori ³³², in quanto “trae dalla decisione dei giudici di Strasburgo dei significati reconditi che essa non palesa”.

Non si può non rilevare inoltre, come osservato da attenta dottrina ³³³, che la Corte costituzionale, confermando il proprio orientamento precedente alla sentenza Scoppola c. Italia, pur credendo di essere in linea con la giurisprudenza di Strasburgo, si pone in sintonia con la *dissenting opinion* ³³⁴ espressa da alcuni giudici di Strasburgo nel caso Scoppola: una posizione che costituisce una manifesta contraddizione in termini e rende palese la deviazione della Corte costituzionale rispetto alla “direzione di senso” ³³⁵ impressa dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo con le sue ultime pronunce.

Ad avvalorare la tesi contraria a quella prospettata dalla Corte costituzionale circa la presunta (e “naturale”) derogabilità del principio di retroattività *in mitius* così come declinato dai giudici di Strasburgo concorre, come rilevato da autorevoli commentatori, il fatto che è la stessa CEDU, all’art. 15, a sancire l’inderogabilità assoluta delle garanzie di cui all’art. 7, cui è stato ricondotto dai giudici di Strasburgo il principio di retroattività *in mitius*.

Le argomentazioni fornite dalla Corte costituzionale non impediscono di ritenere che il diritto a beneficiare della norma penale più favorevole rivesta all’interno del

³³² FERRARI F, *Retroattività del regime della prescrizione riformata e garanzia dell’applicabilità della lex mitior nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: un esempio di interpretazione costituzionale “creativa” dell’art. 7 della CEDU*, in *Europeanrights*, 29/2011, pag. 7.

³³³ POLI F., *Il principio di retroattività della legge penale più favorevole nella giurisprudenza costituzionale ed europea*, in *Rivista AIC* 3/2012, pag. 29.

³³⁴ Vedi *Supra*, nota 284.

³³⁵ Così MANES V., *La lunga marcia della Convenzione Europea*, op. cit., pag. 29.

sistema convenzionale un carattere se non di assolutezza ³³⁶, quantomeno di principio soltanto eccezionalmente derogabile in presenza di “motivi imperativi di interesse generale”, una clausola mai utilizzata dalla Corte in relazione a tale disposizione della Convenzione, ma che si ritiene opportuno mutuare dalla già analizzata giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo in relazione alla speculare materia dei limiti alla retroattività ³³⁷.

Una simile impostazione richiederebbe un atteggiamento maggiormente restrittivo della Corte costituzionale nell’ammettere deroghe a tale principio, contrariamente a quanto avvenuto fin ora, con una Corte costituzionale incline ad ammettere deroghe anche in assenza di interessi quantomeno di pari rango al quello della retroattività della *lex mitior*, tanto da spingere alcuni autori a parlare della retroattività della *lex mitior* come “un principio a bassa intensità costituzionale”³³⁸.

A margine della riflessione sul principio di retroattività della legge più favorevole al reo, appare opportuno soffermarsi su tre questioni che richiedono un sintetico approfondimento: la prima relativa all’interrogativo circa l’applicabilità della *lex mitior* nel caso di sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità della stessa; la seconda sulla possibilità di applicare il principio della retroattività della *lex mitior* nel caso di mutamento degli orientamenti giurisprudenziali *in bonam partem*; la

³³⁶ In tal senso POLI F., op. cit., pag. 28.

³³⁷ Sulla necessità che eventuali deroghe al principio di retroattività della *lex mitior* debbano potersi giustificare “al metro e con la logica del diritto convenzionale” cfr. VIGANO F., *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, op. cit., pag. 15.

³³⁸ FERRARI F., *Retroattività del regime della prescrizione riformata e garanzia dell’applicabilità della lex mitior nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*, op. cit., pag. 3.

terza, sull'individuazione delle norme penali che formano oggetto del principio di retroattività *in mitius* all'interno del nostro ordinamento.

Per quanto riguarda la prima delle tre questioni, e cioè l'applicabilità del principio di retroattività delle legge più favorevole nel caso di sopravvenuta pronuncia di incostituzionalità della stessa, l'indirizzo espresso dalla giurisprudenza di merito italiana (Tribunale di Venezia, sez. staccata di Dolo, 13 maggio 2010) propende per la tesi dell'inapplicabilità della norma più favorevole al reo entrata in vigore successivamente e dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale ³³⁹.

Una posizione che ha ricevuto l'avallo di autorevole dottrina ³⁴⁰ per cui la mancata applicazione retroattiva della legge più favorevole dichiarata incostituzionale non si pone affatto in contraddizione con il principio di retroattività della *lex mitior* sancito art. 7 CEDU, così come declinato dai giudici di Strasburgo, in quanto in tal caso non vi sarebbe ragione di applicare retroattivamente una legge la quale rifletta una illegittima rivalutazione della gravità del fatto da parte del legislatore, e non sussisterebbe altresì un affidamento da tutelare in quanto nessun affidamento può essere riposto in una norma illegittima.

Argomentazioni che invero non risultano pienamente convincenti per un duplice ordine di ragioni.

³³⁹ Nel caso di specie dopo che la Corte costituzionale con la sentenza n. 28/2010 ha dichiarato illegittima per contrasto con l'art. 117 co 1 Cost., la definizione legale di sottoprodotto di cui all'art. 183 co. 1 lett n) del d.lgs n. 152/2006, il tribunale di Venezia ha escluso l'applicazione retroattiva di tale definizione legale (dichiarata incostituzionale) che avrebbe comportato una parziale abolizione del reato di gestione illecita dei rifiuti, giacché escludeva che le ceneri di pirite costituissero rifiuti sottraendole così alla relativa disciplina penale.

³⁴⁰ VIGANO F., *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole*, op. cit., pag.19, che rimanda alle conclusioni dell'Avvocato generale della Corte di giustizia CE nelle cause riunite Berlusconi e a. (C-387/02, C-391/02 e C-403/02), 14 ottobre 2004, §§ 158-165.

Innanzitutto, non sembra corretto affermare genericamente che la norma dichiarata incostituzionale rifletta una “illegittima rivalutazione della gravità del fatto” in quanto non necessariamente la declaratoria di incostituzionalità di una siffatta disposizione è conseguenza dell’illegittimità della rivalutazione della gravità del fatto con essa compiuta ³⁴¹.

Inoltre, così come rilevato dagli stessi sostenitori della tesi in esame, in relazione all’insorgenza dell’affidamento in capo all’imputato, va rilevato che quest’ultimo non è oggettivamente, anche con l’ausilio dei propri difensori, nelle condizioni di avere certezza in ordine alla illegittimità della norma più favorevole sino a quando non vi sia una pronuncia in tal senso della Corte costituzionale.

Non è da escludere pertanto che rispetto a tale specifica questione la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo possa, se investita della problematica, tracciare una strada diversa da quella seguita dai giudici nazionali, e maggiormente rispettosa delle esigenze di tutela contenute nell’art. 7 CEDU.

Allo stesso tempo non si può non rilevare come la Corte costituzionale possa avere a propria disposizione un ulteriore strumento per evitare di rimettere al giudice di merito la valutazione sull’applicazione della *lex mitior* successivamente dichiarata incostituzionale, e cioè la possibilità di limitare l’efficacia nel tempo della sentenza di illegittimità da essa pronunciata proprio in ragione della tutela dell’affidamento ingenerato nel cittadino. Sul punto si rimanda alle considerazioni svolte successivamente (vedi infra par. 16).

³⁴¹ Si pensi ai casi in cui la pronuncia di incostituzionalità sia la conseguenza della violazione da parte del legislatore delle disposizioni costituzionali relative al procedimento di formazione delle leggi, o all’ipotesi di incostituzionalità di un decreto legislativo per violazione da parte del governo delle disposizioni contenute nella legge di delega.

In relazione alla seconda problematica evidenziata, cioè alla possibilità di applicare il principio della retroattività della *lex mitior* nel caso di mutamento degli orientamenti giurisprudenziali *in bonam partem*, è da segnalare come tale questione sia stata oggetto di una recente pronuncia della Corte costituzionale che con la sentenza 230/2012 ha escluso la fondatezza della tesi argomentata dal giudice a quo secondo cui un mutamento migliorativo per il reo della giurisprudenza della Cassazione, il quale comporti una “*abolitio sine abrogatio*” della norma, possa intendersi come *lex mitior* nei confronti dei condannati, e di conseguenza travolgere il giudicato.

Tale possibilità, fondata dal giudice rimettente sulla già riportata considerazione che la nozione di diritto («law») utilizzata nell’art. 7 della CEDU includa, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, “tanto la produzione legislativa quanto il diritto di formazione giurisprudenziale”, viene esclusa dalla Corte sulla base del fatto che i giudici di Strasburgo nella già citata sentenza Scoppola hanno “escluso che il principio in questione sia destinato ad operare oltre il limite del giudicato”³⁴² a differenza di quanto previsto dall’art. 2 del nostro Codice penale. Alla citata motivazione si aggiunge il rilievo che la tesi prospettata dal giudice a quo si porrebbe altresì in contrasto con il principio di separazione dei poteri di cui all’art. 101 Cost. e con il principio di legalità in materia penale enunciato dall’art. 25, comma 2, della Costituzione che “demanda il potere di normazione in materia penale – in quanto incidente sui diritti

³⁴² Cfr. Corte costituzionale Sentenza 230/2012 che riprende l’assunto enunciato dalla Corte EDU nel caso Scoppola secondo cui il principio della retroattività della *lex mitior*, ricavabile dall’art. 7, paragrafo 1, della CEDU, “si traduce nella norma per cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate **prima della pronuncia definitiva** sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli.”

fondamentali dell'individuo, e segnatamente sulla libertà personale – all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica”³⁴³.

Rimandando alle considerazioni svolte nel capitolo successivo in ordine all'ascrivibilità della giurisprudenza tra le fonti del diritto e all'infondatezza della questione relativa alla violazione dell'art. 101 Cost. (vedi *infra*), non si può non sottolineare che, qualora si decida di aderire alla tesi che afferma la natura creativa della giurisprudenza (e la conseguente capacità abrogativa, sulla base del brocardo *eius est abrogare cuius est condere*), non si può non rilevare che l'incapacità del mutamento giurisprudenziale *in mitius* di operare retroattivamente oltre il limite del giudicato si porrebbe chiaramente in contrasto con il già richiamato principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., né pare che, alla luce delle considerazioni svolte in precedenza la Corte possa continuare a sostenere che la salvaguardia dell'intangibilità del giudicato rappresenti una adeguata ragione di deroga³⁴⁴.

Altrettanti e ancor più fondati dubbi sembra sollevare la questione, appena accennata, dalla Corte costituzionale in ordine al possibile contrasto di tale tesi con il principio di legalità espresso dall'art. 25, comma 2. Una siffatta rigida interpretazione del principio di legalità, infatti, appare quantomeno poco compatibile con la ratio, rispondente a esigenze di garanzia più che di certezza³⁴⁵, che ha portato al suo inserimento nel testo costituzionale e cioè quella di “tutelare

³⁴³ Corte costituzionale, Sentenza 230/2012. Cfr. altresì Corte costituzionale Sentenze n. 394/2006 e n. 487/1989.

³⁴⁴ Corte costituzionale, Sentenze n. 74 del 1980 e n. 6 del 1978; Ordinanza n. 330 del 1995

³⁴⁵ Così FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale – parte generale*, Bologna, 2014, pag. 51

il cittadino dagli abusi dello Stato”³⁴⁶, e si pone in contraddizione con un altro principio fondamentale del nostro ordinamento che è quello del favor rei. Non si può non evidenziare quanto sia contraddittorio che un principio nato per arginare gli arbitri e i soprusi del sovrano assoluto venga oggi utilizzato per giustificare un trattamento discriminatorio da parte dello Stato nei confronti di alcuni cittadini.

A proposito dell’ultima delle tre questioni sopra indicate, e cioè l’individuazione delle norme penali che formano oggetto del principio di retroattività in mitius all’interno del nostro ordinamento, è bene distinguere tra la giurisprudenza della Corte costituzionale (e dei giudici di merito) del nostro paese e la giurisprudenza dei giudici di Strasburgo.

Per quanto riguarda la posizione assunta dalla giurisprudenza costituzionale sul significato della locuzione “disposizione più favorevole al reo”, è opportuno segnalare come il giudice delle leggi con la sentenza 393/2006 abbia chiarito che questa può essere riferita a tutte quelle norme che apportano modifiche in melius alla disciplina della fattispecie criminosa (ivi comprese quelle che incidono sulla prescrizione del reato). Nonostante tale chiara presa di posizione da parte della Consulta bisogna notare, però, che la Corte di Cassazione³⁴⁷, in contrasto col succitato indirizzo, è costante nell’affermare che le disposizioni riguardanti l’esecuzione della pena e le misure alternative alla detenzione non hanno carattere di norme sostanziale e pertanto sono sottratte alle regole dettate in materia di successione di leggi nel tempo dall’art. 2 c.p. e dall’art. 25, comma 2, della Costituzione.

³⁴⁶ MAZZON R., *La vera libertà del cittadino passa attraverso il principio di legalità quale matrice del fatto tipico*, in www.personaedanno.it

³⁴⁷ Corte di Cassazione, Sez. Un. N. 23397.

Un orientamento restrittivo, quello della suprema corte, che è dato riscontrare anche nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo. I giudici di Strasburgo, ritenendo che il principio in esame sia un corollario del principio di legalità consacrato nell’art. 7 CEDU, hanno fissato dei limiti al suo ambito di applicazione desumendoli dalla stessa norma convenzionale, statuendo che “le norme in materia di retroattività contenute nell’art. 7 della Convenzione” concernono “le sole disposizioni che definiscono i reati e le pene”³⁴⁸ che li reprimono”³⁴⁹. Pertanto, così come rilevato dalla Corte costituzionale³⁵⁰, secondo la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo sono estranee all’ambito di operatività di tale principio così delineato le ipotesi in cui non si verifica un mutamento favorevole al reo, nella valutazione sociale del fatto, che porti a ritenerlo penalmente lecito o comunque di minore gravità.

12.2. Segue. I provvedimenti afflittivi: la confisca.

Un altro tema meritevole di approfondimento, alla luce delle osservazioni svolte nelle pagine precedenti, è quello relativo alla possibilità per determinati

³⁴⁸ Cfr. MARI A., *Retroattività della lex mitior e Convenzione europea dei diritti dell’uomo – osservazioni a C. cost., sent. (19) 22 luglio 2011, n. 236*, in Cassazione Penale, 2011, pag. 4158 secondo cui “nel concetto di “pena” elaborato dalla Corte Europea rientra unicamente la sanzione (e la sua misura) prevista a seguito della commissione di un reato, ma non tutte quelle disposizioni che attengono strettamente al profilo della sua applicazione oltre che alla fase dell’esecuzione.” Vedi anche Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sentenza Kafkaris c. Cipro, 12 febbraio 2008.

³⁴⁹ Cfr. Morabito c. Italia, 27 aprile 2010.

³⁵⁰ Così la Corte costituzionale nella Sentenza 236/2011 con la quale la Corte afferma che il principio di retroattività in mitius riconosciuto dalla Corte Europea non può riguardare le norme sopravvenute che modificano in senso favorevole al reo la disciplina della prescrizione” in quanto tale istituto “indipendentemente dalla natura sostanziale o processuale che gli attribuiscono i diversi ordinamenti nazionali, non forma oggetto della tutela apprestata dall’art. 7 della Convenzione”. In tal senso cfr. Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sentenza Coeme e altri c. Belgio.

provvedimenti “*latu sensu*” afflittivi di rientrare all’interno della tutela prevista dal principio di irretroattività in materia penale sancito dall’art. 7 della CEDU.

In linea generale, appare opportuno ribadire quanto accennato nelle pagine precedenti in ordine al fatto che la Corte di Strasburgo, alla cui giurisprudenza sembra essersi conformato la nostra Corte costituzionale, si è sempre ritenuta libera di andare oltre le apparenze e di valutare essa stessa se una certa sanzione rientra nel concetto di pena e di conseguenza ricade nell’ambito di operatività dell’art. 7 della CEDU ³⁵¹.

Al fine di operare tale valutazione la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ha individuato alcuni indici (i cd. criteri Engel ³⁵²) quali la natura della misura, la sua finalità e gravità, la sua qualifica nel diritto interno e la tipologia del procedimento di irrogazione ed esecuzione, rivelatori della natura sostanzialmente afflittiva della misura sanzionatoria imposta dal legislatore.

Ripercorrendo la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, attenta dottrina ³⁵³ mostra che attraverso tali criteri la Corte ha ricondotto all’interno della “materia penale” diverse tipologie di provvedimenti tutti accomunati dal medesimo carattere afflittivo: l’illecito amministrativo punitivo, si pensi alle *Ordnungswidrigkeiten* ³⁵⁴ dell’ordinamento tedesco o ai *Verwaltungsstraßverfahren* ³⁵⁵ dell’ordinamento austriaco, le sanzioni

³⁵¹ Cfr. Welch c. Regno Unito, 9 febbraio 1995.

³⁵² Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sentenza Engel c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976.

³⁵³ MAUGERI A. M., *La confisca misura di prevenzione ha natura “oggettivamente sanzionatoria” e si applica il principio di irretroattività: una sentenza storica?*, In Diritto Penale Contemporaneo, 2013, pag. 15.

³⁵⁴ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Ozturk c. Germania, 21 febbraio 1984.

³⁵⁵ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Mauer c. Austria, 18 febbraio 1997.

disciplinari³⁵⁶, alcune tipologie di misura di sicurezza preventiva come la tedesca *Sicherungsverwahrung*³⁵⁷, le sanzioni interdittive pecuniarie irrogate dalla Commissione Bancaria in Francia³⁵⁸.

Prima di analizzare le valutazioni della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e della nostra Corte costituzionale in merito all’istituto della confisca, è bene innanzitutto notare che già la Corte costituzionale in tempi remoti aveva sottolineato come la confisca possa “presentarsi nelle leggi che la prevedono con varia natura giuridica” e che pur essendo il suo contenuto sempre la privazione di beni economici “questa può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varie finalità, sì da assumere, volta per volta, natura e funzione di pena o di misura di sicurezza ovvero anche di misura giuridica civile e amministrativa”³⁵⁹.

Data la natura “proteiforme”³⁶⁰ dell’istituto della confisca nel nostro ordinamento, l’analisi della natura afflittiva (e della conseguente applicabilità delle garanzie di cui all’art. 7 CEDU) dovrà essere effettuata in relazione alle singole fattispecie di confisca previste nel nostro ordinamento.

Procedendo secondo un approccio casistico è possibile innanzitutto riscontrare come in ordine ad alcune tipologie di confisca vi sia stato un giudizio netto da parte sia della dottrina che della giurisprudenza di merito, costituzionale ed

³⁵⁶ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Campbell c. Regno Unito, 28 giugno 1984.

³⁵⁷ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, M. c. Germania, 17 dicembre 2009.

³⁵⁸ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Dubus S. A. c. Francia, 11 giugno 2009.

³⁵⁹ Corte costituzionale, Sentenze n. 29/1961 e n. 46/1964. In tal senso anche MANES, La lunga marcia della Convenzione Europea, op. cit. pag. 40 che sottolinea come tale istituto sia stato sempre diviso tra la costellazione delle misure di sicurezza, l’area delle sanzioni propriamente amministrative e il perimetro delle vere e proprie pene.

³⁶⁰ MAUGERI A. M., *La confisca misura di prevenzione ha natura “oggettivamente sanzionatoria”*, op. cit., pag. 4.

europea, a proposito della loro natura afflittiva, e della conseguente applicabilità alle stesse del principio di irretroattività.

È il caso della confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere costruite prevista all'art. 44 comma 2 del t.u. edilizia ³⁶¹, della confisca dell'autoveicolo del conducente responsabile del reato di guida in stato di ebbrezza ³⁶² e della confisca per equivalente ³⁶³.

Merita invece particolare approfondimento, sia in ragione della sua attualità sia, soprattutto, in ragione del contributo determinante apportato dai criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di irretroattività penale, la questione relativa alla retroattività della cd. confisca antimafia, introdotta nel nostro ordinamento con la legge "Rognoni-La Torre".

In ordine a tale tipologia di confisca (ex art. 2 ter l. 575/1965) la dottrina si è divisa tra chi sottolineava che attraverso questa misura il legislatore non si sia

³⁶¹ Corte Europea dei diritti dell'uomo, 20 gennaio 2009, Sud Fondi Srl e altri c. Italia. Con tale pronuncia la Corte Europea interviene sulla famigerata vicenda del complesso edilizio noto come "Punta Perotti." In tale occasione la corte dichiara la natura sostanzialmente penale della confisca di cui all'art. 44 del d.p.r. 380/2001 in ragione della stretta connessione della stessa con l'illecito penale che la fonda, del tipo di autorità decidente, del contenuto spiccatamente punitivo della misura e anche della collocazione sistematica della misura all'interno della rubrica sanzioni penali nel d.p.r. 380/2001.

³⁶² Cfr. Corte costituzionale Sentenza 196/2010 con la quale la Consulta ha dichiarato illegittima per violazione dell'art. 117 Cost. in relazione all'art. 7 CEDU, l'art. 4 del d.lgs. 23 maggio 2008 n. 125 nella misura in cui sottopone la confisca dell'autoveicolo del conducente responsabile del reato di guida in stato di ebbrezza al regime del tempus regit actum proprio delle misure di sicurezza, ritenendo che tale tipo di confisca vada sottoposta al principio penalistico della irretroattività in ragione della sua natura sostanzialmente punitiva, vista la natura repressiva e non meramente preventiva del fatto.

In tal caso la natura repressiva e non meramente preventiva della confisca viene dedotta dalla corte in ragione del fatto che la confisca può essere disposta anche nel caso in cui il veicolo risulti incidentato o temporaneamente inutilizzabile e nel fatto che la stessa misura è di per sé inidonea a neutralizzare il rischio di recidiva non impedendo l'utilizzo di altri mezzi da parte del condannato.

³⁶³ In ultimo Corte costituzionale, Sentenza 97/2009 con la quale la Corte ha ritenuto che in virtù della natura punitiva della confisca per equivalente il divieto di applicazione retroattiva discende dall'art. 25 c. Cost. e dalla giurisprudenza della CEDU in relazione all'art. 7. Il fatto che la confisca per equivalente assuma i tratti distintivi di una vera e propria sanzione è ormai pacifico altresì nella giurisprudenza della Corte di Cassazione. In tal senso Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 26654 del 27 marzo 2008 e Corte di Cassazione, sez. III, n. 39172 del 24 settembre 2008.

limitato a punire il mafioso privandolo dei frutti delle attività illecite ma abbia inteso “esaltare il momento preventivo, neutralizzando la situazione di pericolosità insista nel permanere della ricchezza nelle mani del mafioso” ³⁶⁴, e chi invece sosteneva il carattere punitivo della misura in questione ³⁶⁵.

Il primo orientamento veniva ripreso dalla giurisprudenza di legittimità che, negando il carattere sanzionatorio di natura penale di tale tipologia di confisca, la riconduceva “nell’ambito di quel *tertium genus* costituito da una sanzione amministrativa equiparabile, quanto al contenuto e agli effetti, alla misura di sicurezza” ³⁶⁶, pur non mancando pronunce in cui si sottolinea che a tale provvedimento non può essere negata una natura formalmente e sostanzialmente afflittiva ³⁶⁷.

Un orientamento, quest’ultimo, di recente ripreso dai nostri giudici di legittimità che, con una sentenza che in dottrina è stata definita “storica” ³⁶⁸, la n. 14044/13 (cd. sentenza Occhipinti), modificando il proprio precedente e consolidato orientamento, hanno affermato la natura oggettivamente sanzionatoria della

³⁶⁴ FIANDACA G., voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in Dig. Delle Disc. Pen., vol VIII, Torino, 1994, pag. 123.

³⁶⁵ Così MAUGERI A. M., *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine organizzato*, in MAUGERI A. M. (a cura di) *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano, 2008. In particolar modo l’autore sottolinea come la natura punitiva della sanzione possa essere affermata in considerazione del fatto che il presupposto della stessa non è il pericolo della futura commissione di delitti, ma il sospetto dell’attuale appartenenza ad un’associazione mafiosa, quindi, di un delitto in corso di esecuzione che non si riesce a provare (natura dell’infrazione); che la misura non viene disapplicata con il cessare della presunta pericolosità dell’indiziato, ma è una misura definitiva, applicabile, per lo meno secondo certe tendenze giurisprudenziali, anche in caso di morte del soggetto o del venir meno della sua pericolosità (natura della sanzione); che può colpire tutto il patrimonio, anche se formalmente intestato ad altri soggetti, purché nella disponibilità di fatto dell’indiziato (severità della sanzione).

³⁶⁶ Cass., Sez. Un. 3 luglio 1996, n. 18.

³⁶⁷ Cass., 21 gennaio 1991.

³⁶⁸ MAUGERI, *La confisca misura di prevenzione ha natura “oggettivamente sanzionatoria” e si applica il principio di irretroattività: una sentenza storica?*, op. cit.

confisca misura di prevenzione, riconoscendo l'applicazione del principio costituzionale di irretroattività.

A fondare la decisione della Corte non soltanto la circostanza che in seguito alle riforme introdotte con la legge 125/2008 e dalla legge 94/2009 tale forma di ablazione dei beni può essere applicata separatamente dalle misure personali e soprattutto in mancanza di un giudizio di attualità della pericolosità sociale, ma soprattutto il riferimento ai succitati criteri stabiliti dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

La Corte di Cassazione fa un passo avanti rispetto alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che in diversi casi ³⁶⁹ “per mancanza di coraggio”³⁷⁰ aveva negato la natura afflittiva della confisca antimafia riconoscendo la natura preventiva e non punitiva della stessa, ed effettua una applicazione maggiormente rigorosa dei criteri sostanziali elaborati dai giudici di Strasburgo.

Constatata la natura afflittiva del provvedimento di confisca, i giudici di piazza Cavour ricavano dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo altresì il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo, che possono essere qualificate come “forme di reazione al reato”, devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto.

³⁶⁹ In ultimo Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sentenza Prisco c. Italia, 15 giugno 1999; nello stesso senso Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sentenza Raimondo c. Italia, 22 aprile 1994. In entrambe le pronunce la Corte afferma come la confisca antimafia non ha una funzione repressiva ma preventiva destinata ad impedire l'uso illecito del patrimonio in quanto tende ad evitare la commissione di atti criminali e non a sanzionarne la realizzazione.

³⁷⁰ Così MAUGERI A. M., *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine organizzato*, op. cit., pag. 49, secondo cui la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo “non ha il coraggio di riconoscere l'illegittimità di misure considerate necessarie in uno stato di emergenza”.

Una posizione quella espressa dalla Corte di Cassazione nella sentenza Occhipinti sulla quale saranno chiamate a breve a pronunciarsi le Sezioni Unite in seguito all'ordinanza della Sesta sezione del 30 gennaio 2014, con la quale si chiede loro di risolvere il contrasto giurisprudenziale ingenerato dalla stessa.

Se tale atteggiamento rigoroso dei giudici italiani, volto a garantire la massima ampiezza ai diritti della persona, dovesse essere confermato dalle Sezioni Unite, potrebbe aprirsi una riflessione, così come da molti auspicato in dottrina ³⁷¹, intorno alla necessità di una nuova valutazione da parte della giurisprudenza sull'applicabilità del principio di irretroattività ad altre tipologie di provvedimenti “latu sensu” afflittivi, quali ad esempio la confisca allargata ex art. 12 sexies l. 356/1992 che continua ad essere applicata retroattivamente, in quanto annoverata tra le misure di sicurezza ³⁷² per le quali la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale ha affermato che la retroattività trova la propria giustificazione in relazione alla finalità, loro propria, di assicurare una efficace lotta contro il pericolo criminale.

12.3. Segue: la decadenza ex art. 3 del d.lgs. 235/2012 (cd. legge Severino)

Sempre in materia di provvedimenti “latu sensu” afflittivi, risulta opportuno soffermarsi brevemente su una questione di stringente attualità riguardante la conformità al principio di irretroattività della legge penale, come sancito dall'art.

³⁷¹ MAUGERI A. M., *La confisca misura di prevenzione ha natura “oggettivamente sanzionatoria”*, op. cit., pag 27.

³⁷² In relazione all'applicabilità nel tempo delle misure di sicurezza l'art. 200 del c.p. stabilisce che “le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione”.

7 CEDU, delle disposizioni contenute negli articoli 1 e 3 del d.lgs. 235/2012 (cd. Decreto Severino) che introducono nel nostro ordinamento delle fattispecie di incandidabilità, che costituiscono altrettante cause di decadenza nel caso in cui queste sopravvengano al momento dell'elezione del parlamentare.

Prima di affrontare la questione della retroattività delle previsioni è bene sottolineare come l'art. 1 del decreto stabilisca l'incandidabilità, come effetto automatico – *ex lege* – nei confronti di tre categorie di condannati:

- a) Quanti hanno riportato condanne definitive a pene superiori a due anni di reclusione per delitti di stampo mafioso o con finalità di terrorismo;
- b) Quanti abbiano riportato condanne definitive a pene superiori a due anni di reclusione per i delitti consumati o tentati contro la pubblica amministrazione;
- c) Quanti abbiano riportato condanne definitive a pene superiori a due anni di reclusione, per delitti non colposi, consumati o tentati, per i quali sia prevista la pena di reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, determinata ai sensi dell'art. 278 c.p.p.

A tale previsione si aggiunge la disposizione contenuta nell'art. 3 comma 1 secondo cui “qualora una causa di incandidabilità di cui all'articolo 1 sopravvenga o comunque sia accertata nel corso del mandato elettivo, la Camera di appartenenza delibera ai sensi dell'articolo 66 della Costituzione”.

La tesi del contrasto di tali disposizioni con l'art. 7 della CEDU, in particolar modo sotto il profilo della lesione del principio di irretroattività della pena, è stata posta con il ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del sen. Silvio

Berlusconi, per il quale la misura dell'incandidabilità (e della conseguente decadenza dalla carica di Senatore ricoperta al momento della condanna) sancita dal Decreto Severino è stata applicata in relazione ad una condanna per un fatto di reato consumatosi nel 2004³⁷³.

Secondo il ricorrente, la disposizione in oggetto avrebbe carattere eminentemente sanzionatorio e la sua applicazione retroattiva contraddirebbe il granitico diritto dell'uomo ad avere una precognizione sufficientemente determinata delle conseguenze afflittive con cui l'ordinamento giuridico reagisce a fatti offensivi di beni giuridici fondamentali per la collettività.

Argomenti a favore della tesi che afferma la natura sostanzialmente sanzionatoria delle disposizioni in oggetto, secondo il ricorrente, e secondo i pareri di autorevoli giuristi intervenuti a suo sostegno³⁷⁴, consisterebbero nel fine proprio della norma di aggravare le conseguenze sanzionatorie del reato e nell'ampiezza degli effetti temporali della pena.

A sostegno delle proprie argomentazioni il sen. Berlusconi ha fatto ricorso ad un parallelismo tra le previsioni del Decreto Severino e la pena accessoria dell'interdizione dei pubblici uffici ex art. 28 c.p. sulla cui natura afflittiva non è dato dubitare, sottolineando l'evidente similarità tra le due misure.

³⁷³ Con Sentenza 35729 del 1 Agosto 2013 la Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso del Sen. Silvio Berlusconi avverso la sentenza n. 3232 della Corte d'appello di Milano l'8 maggio 2013 rendendo irrevocabile la statuizione di condanna nei confronti del senatore alla pena di quattro anni di reclusione per il reato di frode fiscale punito dall'art. 2 del d.lgs 10 marzo 2000 n. 74.

³⁷⁴ A sostegno delle tesi esposte nel ricorso del Sen. Berlusconi i pareri del prof. Avv. Giovanni Guzzetta, della prof.ssa Antonella Marandola, del prof. Avv. Roberto Nania, del prof. Avv. Gustavo Pansini, del prof. Giorgio Spangher, dei prof avv. Beniamino Caravita di Toritto, Giuseppe de Vergottini e Nicolò Zanon.

Al fine di avvalorare le proprie tesi il ricorrente cita altresì precedenti pronunce dei giudici di Strasburgo con le quali la Corte Europea ha evidenziato il carattere, almeno in parte, punitivo e deterrente, del procedimento di “lustrazione” previsto dalla legislazione polacca³⁷⁵.

In senso opposto alle argomentazioni del ricorrente, è possibile innanzitutto citare l'autorevole posizione espressa dal Consiglio di Stato³⁷⁶ che ha affermato che le disposizioni contenute nel Decreto Severino non costituiscono una “sanzione retroattiva” ma si limitano a stabilire, oggi, i requisiti per l'accesso ai pubblici uffici in futuro.

Una tesi, quella sostenuta dai giudici di palazzo Spada, non abbastanza convincente, secondo l'opinione espressa nei pareri *pro veritate* allegati al ricorso del sen. Berlusconi, in quanto “le norme che definiscono i requisiti, allorché il possesso di uno di questi dipenda da fatti del passato dai quali l'ordinamento all'epoca non faceva nascere come conseguenza l'attribuzione o il riconoscimento di quel requisito sono anch'esse, in parte qua retroattive”³⁷⁷.

A sostegno di tale impostazione è possibile citare l'ulteriore argomentazione secondo cui recidere completamente il legame tra conseguenze della sentenza di condanna e fatti di reato sulla base dei quali essa è stata emessa imporrebbe di ritenere che la conseguenza (sfavorevole della incandidabilità) si imponga al

³⁷⁵ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo *Matyjek c. Polonia* (il caso aveva ad oggetto un'incandidabilità di durata decennale con relativa decadenza dal mandato parlamentare).

³⁷⁶ Consiglio di Stato Sez. V, sent. 695/2013.

³⁷⁷ GUZZETTA G., Parere Pro Veritate allegato al Ricorso Berlusconi c. Italia.

cittadino condannato non in conseguenza dei fatti commessi dallo stesso ma piuttosto per il mero avvenimento di un evento (la sentenza) ³⁷⁸.

In senso contrario alla natura sostanzialmente sanzionatoria dell'incandidabilità depone altresì la sentenza 132/2001 della Corte costituzionale, con la quale il giudice delle leggi afferma che le fattispecie di incandidabilità “non rappresentano un aspetto del trattamento sanzionatorio penale derivante dalla commissione del reato, e nemmeno una autonoma sanzione collegata al reato medesimo ma piuttosto l'espressione del venir meno di un requisito soggettivo per l'accesso alle cariche considerate”.

In attesa di un pronunciamento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, a parere di chi scrive appare evidente, così come evidenziato da alcuni commentatori ³⁷⁹, come sia dirimente, ai fini della risoluzione della questione, individuare quale sia la vera natura della decadenza prevista nel Decreto Severino, anche alla luce dei già citati criteri Engel (vedi supra) seguendo un approccio di tipo sostanzialista, volto ad appurare la reale natura del provvedimento. Del resto, come abbiamo analizzato nelle pagine precedenti, rappresenta ormai un dato assodato l'impossibilità per l'interprete di accontentarsi del *nomen iuris* dato all'istituto dal legislatore ³⁸⁰.

³⁷⁸ In senso contrario MAZZA O., *Lo chassé-croisé della retroattività (in margine alla “legge Severino”)*, in Archivio Penale, Gennaio-Aprile 2014, pag. 3 il quale sostiene che “per rispettare il principio generale dell'irretroattività, evitando così di attribuire portata retroattiva all'art. 1 d.lgs. n. 235 del 2012, è sufficiente ritenere che l'effetto giuridico stabilito dalla previsione normativa, ossia l'incandidabilità/decadenza, consegua solo alle sentenze definitive sopravvenute dopo l'entrata in vigore della norma stessa, e cioè successive al 5 gennaio 2013”.

³⁷⁹ FALCINELLI D., *Schemi di vera sanzione penale e limiti di retroattività applicativa, ovvero prove di forza/compatibilità tra politica criminale nazionale e CEDU*, in Diritti-cedu.unipg.it.

³⁸⁰ In tal senso MANNA A., *L'incandidabilità sopravvenuta nel corso del mandato parlamentare e l'irretroattività della norma penale*, in Archivio Penale, Gennaio – Aprile 2014.

Soffermandoci propedeuticamente sulle argomentazioni poste a proprio sostegno dal sen. Berlusconi non possiamo non rilevare come l'incandidabilità prevista dal Decreto Severino non trovi la propria *ratio legis*, contrariamente a quanto affermato dal ricorrente ³⁸¹, nell'esigenza di aggravare le conseguenze sanzionatorie del reato, quanto piuttosto, così come rilevato da diversi commentatori, nel "nobile obiettivo di allontanare dalla *res publica* soggetti che non hanno curriculum idoneo per amministrarla" ³⁸² tanto da spingere alcuni autori a descrivere la stessa come "una misura di profilassi parlamentare" ³⁸³.

In ordine al secondo dei due argomenti utilizzati dal ricorrente, e cioè quello relativo alla notevole estensione temporale della pena, è opportuno rilevare che se da un lato sono fondate le affermazioni fatte dal ricorrente in ordine alla severità della pena ³⁸⁴ dall'altro è necessario sottolineare, così come effettuato da attenti commentatori ³⁸⁵, che l'evoluzione esegetica della Corte di Strasburgo ha attestato che la severità della misura non costituisce un criterio sufficiente per stabilire se si tratti di una sanzione penale. Il diritto degli Stati membri del Consiglio d'Europa mostra che misure molto severe, ma necessarie e adeguate alla protezione dell'interesse pubblico, sono stabilite anche al di fuori del campo penale.

³⁸¹ Ricorso Silvio Berlusconi c. Italia, par. 7.1.

³⁸² SEVERINI A., *La presunta incostituzionalità del Decreto Severino: tattica dilatoria o dubbio non manifestamente infondato?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; nello stesso senso Consiglio di Stato, Sez. V 695/2013 che afferma come il fine primario perseguito dalla legge Severino sia quello di "allontanare dallo svolgimento del rilevante munus pubblico i soggetti la cui radicale inidoneità sia conclamata da irrevocabili pronunce di giustizia."

³⁸³ MANNA A., op. cit., pag. 7, il quale sottolinea che lo scopo precipuo di tale norma "non è tanto di sanzionare il soggetto destinatario, quanto di tutelare l'onorabilità dell'istituzione alla quale non hanno diritto di partecipare soggetti la cui condotta antisociale e deviante è stata accertata con una sentenza di condanna definitiva."

³⁸⁴ Cfr. GUZZETTA, Parere pro veritate, op. cit., pag. 23 che afferma come sia "difficile negare che siamo in presenza di una sanzione ad altissimo grado di "severità", che incide su una delle fondamentali (e inviolabili) libertà politiche".

³⁸⁵ FALCINELLI D., op. cit., pag. 8.

Appare lecito interrogarsi allora sulla sussistenza di ulteriori indicatori della natura sostanzialmente afflittiva della misura in oggetto che possano aggiungersi a quello già individuato della severità della sanzione. Se nessun argomento decisivo può essere dedotto dalla qualificazione che il diritto interno dà alla sanzione, non si può non concordare con quanto espresso da chi sottolinea la ricorrenza di un ulteriore indicatore rappresentato dalla natura penale dell'illecito da cui l'incandidabilità scaturisce, peraltro automaticamente ed *ex lege* ³⁸⁶.

Se la ricorrenza di due degli elementi che costituiscono i cd. criteri Engel sembra deporre a favore della natura sostanzialmente afflittiva della decadenza, lo stesso non si può dire del richiamato parallelismo tra la decadenza prevista dall'art. 3 del Decreto Severino e la pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici ex art. 28 c.p., in quanto tale argomentazione fornita dal ricorrente non soltanto non convince ma può costituire argomento "a contrario" per escludere la natura sanzionatoria delle disposizioni contenute nella legge Severino.

Se la decadenza prevista dal Decreto Severino avesse la medesima natura e il medesimo fine riconosciuto dall'ordinamento alla pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici ci troveremmo di fronte ad un "irragionevole doppione" ³⁸⁷, il che si porrebbe in palese contraddizione con il principio della razionalità del legislatore, che pur rappresentando secondo alcuni autorevolissimi

³⁸⁶ In tal senso GUZZETTA G., Parere pro veritate, op. cit., pag.23, che sottolinea come a tale argomentazione non sia possibile obiettare che la condanna sia solo una occasio cui conseguono effetti non riconducibili alla nozione di sanzione penale di cui alla Convenzione in quanto tali argomentazioni sono già state respinte dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso Welch c. Regno Unito.

³⁸⁷ MANNA A., op. cit., pag. 7.

commentatori “un’idea mitologica”³⁸⁸, costituisce un postulato ineludibile per gli interpreti.

Sempre in senso contrario alla natura sostanzialmente afflittiva della disposizione in oggetto depone il fatto che nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo è possibile rintracciare diverse pronunce³⁸⁹ che tendono a escludere la riconducibilità alla sfera penale delle disposizioni relative all’incandidabilità.

In conclusione appare chiaro che quella della legittimità delle disposizioni contenute nel Decreto Severino, alla luce dell’art. 7 CEDU, rappresenti una questione controversa sulla quale anche le recenti prese di posizione in dottrina³⁹⁰ non sembrano utili a fare chiarezza, fornendo tuttalpiù ulteriori argomentazioni a sostegno delle due tesi contrapposte.

Né, ai fini della definizione della questione, appare risolutiva la tesi³⁹¹ che tende a ricondurre l’incandidabilità prevista dalla legge Severino nel novero delle “sanzioni disciplinari” sostenendo che in quanto tale “non si ponga in contrasto con il principio dell’irretroattività della norma penale e, più in generale, delle disposizioni sanzionatorie e afflittive”. Tale ricostruzione non tiene conto della già citata giurisprudenza³⁹² della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo che ha

³⁸⁸ BIN R., *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, pp. 59-83.

³⁸⁹ In ultimo Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Paksas c. Lituania, 6 gennaio 2011 nella quale la Corte sottolinea che “the measures of removal from office and (consequent) disqualification from standing for election involve the head of State’s constitutional liability, so that, by virtue of their purpose, they lie outside the “criminal” sphere”. Nello stesso senso Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Pierre Bloch c. Francia, 21 ottobre 1997.

³⁹⁰ GALGANI B., *Le vicende dell’incandidabilità nella dialettica tra garanzie costituzionali: distingue frequenter*, in *Archivio Penale*, Gennaio – Aprile 2014; SEVERINI A., *La presunta incostituzionalità del decreto Severino*, op. cit.; GAMBARDELLA M., “Legge Severino” in materia di incandidabilità sopravvenuta e divieto di retroattività convenzionale (art. 7 C.e.d.u.), in *Archivio Penale*, Gennaio- Aprile 2014.

³⁹¹ MANNA A., op. cit., pag. 11.

³⁹² Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Campbell c. Regno Unito, 28 giugno 1984.

affermato come anche nel caso di sanzioni disciplinari possa esplicarsi la tutela di cui all'art. 7 CEDU.

In attesa del giudizio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, chi scrive non può non sottolineare come l'esigenza, affermata con convinzione in queste pagine, di anteporre sempre la tutela dei diritti della persona ad altre ed ulteriori valutazioni ci imponga di ricordare che l'applicazione retroattiva delle disposizioni contenute nella legge Severino si porrebbe in contraddizione con l'elementare esigenza, rilevata altresì dalla Corte costituzionale, secondo cui "il cittadino deve conoscere quale sia il comportamento che la norma richiede, specie se si tratta di limitazione ad un diritto di libertà"³⁹³. Una affermazione che i giudici di Strasburgo, da sempre attenti a garantire un adeguato livello di tutela ai diritti fondamentali della persona, non potranno non tenere in considerazione nelle loro valutazioni.

³⁹³ Corte costituzionale, Sentenza 202/1991.

PARTE TERZA

RETROATTIVITA' DEGLI OVERRULING E TUTELA DELL'AFFIDAMENTO

13. Il parallelismo tra legge retroattiva e interpretazione giudiziale retroattiva

Il dibattito intorno alla necessità di tutelare l'affidamento del cittadino e di garantire la certezza del diritto è stato esteso, a seguito di alcune importanti pronunce giurisprudenziali ³⁹⁴ e grazie agli importanti contributi di attenta dottrina, ai casi di mutamento degli orientamenti giurisprudenziali consolidati (overruling) vista la naturale retroattività del diritto giurisprudenziale. Tale problema, tradizionale nei sistemi di common law, dagli inizi degli anni settanta del secolo XX è diventato un tema di attualità anche nei sistemi di civil law.

In tali sistemi, nonostante la non vincolatività del precedente ³⁹⁵, la trasposizione del tema della tutela dell'affidamento dalla legge ai precedenti giudiziari consolidati, avviene sulla scorta della considerazione che “sulle posizioni

³⁹⁴ Tra le quali ricordiamo Corte di Cassazione 19246/2010; Corte di Cassazione, Sezione Unite, n. 15144/2011.

³⁹⁵ Sulla definizione di precedente vedi PIZZORUSSO A., *Delle Fonti del Diritto* in SCIALOJA-BRANCA (a cura di) *Commentario del Codice Civile*, Bologna, 1977, pag. 525 “L'espressione precedente viene usata dai giuristi anglosassoni per indicare il principio di diritto (ratio decidendi) che è stato applicato da un giudice per decidere un caso analogo a quello su cui ora lo stesso o un altro giudice deve pronunciarsi e la forza normativa del precedente consiste nel vincolo, più o meno intenso a seconda delle circostanze, che induce ad applicare al nuovo caso lo stesso principio di diritto che fu applicato allora.” Cfr. altresì GORLA G., *Precedente giudiziale*, in Enc. Giur. Treccani, 1990;

consolidate della giurisprudenza il cittadino matura lo stesso legittimo affidamento di quello maturato su misure legislative”³⁹⁶.

Se già da tempo autorevole e risalente dottrina³⁹⁷ ha sottolineato la potenziale lesività delle difformità dell’interpretazione giudiziale (nello spazio) rispetto al principio di certezza del diritto, inteso come prevedibilità delle conseguenze giuridiche di atti o fatti, tale lesività appare ancor più evidente rispetto ai mutamenti giurisprudenziali nel tempo, specialmente quando questi riguardino orientamenti consolidati, che costituiscono ormai un punto fermo per l’interpretazione della norma da parte del cittadino.

A tal proposito non si può non rilevare come il reale significato di una norma non possa emergere dalla mera analisi testuale del dato positivo, ma dalla contestuale considerazione di tale dato unitamente all’atteggiarsi della prassi applicativa da parte delle corti³⁹⁸. In tal senso la Corte di Cassazione³⁹⁹ ha affermato che tra legge retroattiva e interpretazione giurisprudenziale retroattiva sussiste un parallelismo non alterabile per il profilo dei limiti, alla retroagibilità della regola,

³⁹⁶ SANTANGELI F., op. cit., pag. 8.

³⁹⁷ MORTARA L., *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I, Milano, 1908, p. 80 il quale deplorava le difformità dell’interpretazione giudiziale “nel medesimo periodo di tempo; così che il viaggiatore trasportato attraverso il territorio dello Stato dalla vertiginosa rapidità dell’automobile possa trovarsi sottoposto d’ora in ora a leggi diverse in grazia delle diverse interpretazioni date dai tribunali delle varie province ad un unico testo.”

³⁹⁸ In tal senso cfr. Corte di Cassazione, Sezioni Unite, Sentenza n. 18288/2010 nella quale i giudici di piazza Cavour affermano altresì come con le recenti sentenze sui casi Scoppola e Previti la Corte Europea dei Diritti dell’uomo abbia affermato che “a causa del carattere generale delle leggi il testo di queste (...) non può presentare una precisione assoluta” posto che si serve di “formule più o meno vaghe la cui interpretazione e applicazione dipendono dalla pratica; pertanto in qualsiasi ordinamento giuridico per quanto chiaro possa essere il testo di una disposizione di legge ivi compresa una disposizione di diritto penale”, esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziari; del resto è solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte della Convenzione che la giurisprudenza contribuisce necessariamente all’evoluzione progressiva del diritto penale.” In tal senso appare opportuno citare ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1957, pag. 352 che rileva come “la norma vive come “norma solo nel momento (*e nella misura*, corsivo mio) nel quale viene applicata”.

³⁹⁹ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 15144/2011.

imposti dal principio di ragionevolezza ed enucleati da copiosa giurisprudenza della Corte costituzionale.

A supporto di tale tesi è stato sottolineato come “nella giurisprudenza della Corte EDU la nozione di legge è intesa in senso più ampio e non rigorosamente tecnico e comprende, senza alcuna complicazione teorica sulla qualifica delle fonti del diritto, anche precedenti giudiziari consolidati su cui si sia fatto legittimo affidamento”⁴⁰⁰.

Come rilevato da autorevole dottrina⁴⁰¹ la Corte, probabilmente a causa del fatto che è chiamata a tutelare i diritti fondamentali relazionandosi con sistemi diversi, equipara il concetto di diritto a quello di legge.

La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo assume, seguendo un’impostazione sostanzialistica⁴⁰², che il termine “legge” contenuto in più articoli della Convenzione (vedi ad esempio quelli dall’8 all’11) include sia il diritto scritto che il diritto non scritto”, facendo coincidere il concetto di “diritto” (law) con il concetto di “legge”⁴⁰³ afferma che sia il diritto di origine legislativa che quello di

⁴⁰⁰ SANTANGELI F., op. cit., pag. 8, cfr. Corte di Cassazione – Ufficio del Massimario e del Ruolo, *L’overruling giurisprudenziale in materia di processo civile* (relazione tematica n. 31 del 29 marzo 2011) pag. 21 s.

⁴⁰¹ VERDE G, *Mutamento di Giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in Rivista di Diritto Processuale, 1/2012, pag.9.

⁴⁰² In tal senso RANDAZZO B., *Retroattività della legge e ingerenza del legislatore*, op. cit. pag 30. L’autrice sottolinea come “la Corte dei diritti per “legge” ai fini della verifica della sussistenza di una base legale assume un concetto sostanzialistico di legge, comprensivo di prassi amministrative o di giurisprudenze consolidate che garantiscano al singolo la conoscibilità e la prevedibilità dei comportamenti delle pubbliche autorità.

⁴⁰³ Corte di Cassazione – Ufficio del Massimario e del Ruolo, *L’overruling giurisprudenziale in materia di processo civile* (relazione tematica n. 31 del 29 marzo 2011)”, pag. 21.

origine giurisprudenziale devono possedere dei requisiti qualitativi quali l'accessibilità ⁴⁰⁴ e la prevedibilità ⁴⁰⁵.

L'orientamento dei giudici di Strasburgo è stato accolto esplicitamente dalla Corte di Cassazione che, affermando che costituisce “nuovo elemento di diritto” (idoneo a superare la preclusione prevista dal secondo comma dell'art. 666 c.p.p.) ⁴⁰⁶, “il mutamento giurisprudenziale, che assume, specie a seguito di un intervento delle Sezioni Unite, carattere di stabilità”, equipara il mutamento giurisprudenziale al diritto di origine legislativa e “qualifica in sostanza il proprio precedente come una fonte del diritto”.

Proprio la possibilità di annoverare il precedente giurisprudenziale tra le fonti del diritto e la conseguente affermazione della natura creativa della giurisprudenza rappresentano un nodo fondamentale da sciogliere ai fini di definire la questione relativa alla retroattività degli *overruling*.

⁴⁰⁴ Il carattere dell'accessibilità implica che il cittadino debba disporre di informazioni sufficienti, nelle circostanze del caso, circa le norme giuridiche applicabili a un determinato caso.

⁴⁰⁵ Il carattere della prevedibilità implica che il cittadino, circondandosi qualora necessario di consulente, deve essere in grado di prevedere, ad un grado ragionevole nelle circostanze del caso, le conseguenze che possono derivare da un atto specifico. Tali conseguenze non devono essere prevedibili con assoluta certezza. Così emerge da Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Relazione Tematica sul tema “Overruling giurisprudenziale in materia di processo civile”, pag. 21.

⁴⁰⁶ L'art. 666 comma 2 c.p.p. prevede che “*se la richiesta appare manifestamente infondata, per difetto delle condizioni di legge ovvero costituisce mera riproposizione di una richiesta già rigettata, basata sui medesimi elementi, il giudice o il presidente del collegio, sentito il pubblico ministero, la dichiara inammissibile con decreto motivato, che è notificato entro cinque giorni all'interessato. Contro il decreto può essere proposto ricorso in Cassazione.*”

13.1. La funzione della giurisprudenza: natura creativa o natura dichiarativa

La già richiamata esigenza, sottolineata in numerose pronunce della Corte di Cassazione, di “non cambiare le regole quando la partita è in corso”, che trova la propria copertura costituzionale nell’art. 111 Cost., ci impone una riflessione in ordine alla natura, creativa o dichiarativa, della giurisprudenza al fine di determinare se il mutamento di un orientamento giurisprudenziale consolidato possa appunto costituire una variazione delle regole a partita in corso.

Tradizionalmente, secondo la dottrina maggioritaria, negli ordinamenti di civil law il precedente giudiziario non viene annoverato tra le fonti del diritto, diversamente da quanto accade negli ordinamenti giuridici dei paesi anglosassoni i quali riconoscono alla giurisprudenza efficacia di fonte del diritto a fianco delle altre ad in un certo senso al di sopra di queste⁴⁰⁷.

È opportuno interrogarsi, sulla scorta di quanto già effettuato da autorevole dottrina, sulla sussistenza di ragioni che giustifichino oggi il permanere di tale diverso atteggiamento nei confronti della giurisprudenza⁴⁰⁸, che ha radici storiche risalenti nel tempo⁴⁰⁹, anche alla luce delle già richiamate esigenze di tutela

⁴⁰⁷ In tal senso PIZZORUSSO A., op. cit. pag. 526 il quale sottolinea come in tali ordinamenti “se è indubbio che le regole convenute negli statutes possono derogare alla common law e quindi ai precedenti, è vero però anche che le regole introdotte mediante statutes, una volta applicate dai giudici, si ricoprono di precedenti che cominciano con l’interpretarle ma finiscono col sostituirle, cosicchè dopo qualche tempo i giudici applicano piuttosto i precedenti formati in base agli statutes che non gli statutes medesimi.” Appare opportuno rilevare come anche negli ordinamenti di common law, parte della dottrina propende per la natura “dichiarativa” della giurisprudenza e di conseguenza nega l’equiparazione tra precedente e norme positive. In tal senso la cosiddetta teoria ortodossa dichiarativa di cui BLACKSTONE può considerarsi uno dei fondatori, che affermava come i precedenti non formavano nuovo diritto ma costituivano semplicemente la prova più autorevole del diritto già esistente.

⁴⁰⁸ Per un’approfondita analisi critica di tale dicotomia tra common law e civil law, cfr. GORLA G., *Precedente giudiziale*, in Enc. Giur. Treccani, 1990, pag. 4.

⁴⁰⁹ Per approfondimenti PIZZORUSSO A., op. cit., pag. 527.

dell'affidamento da parte del cittadino ⁴¹⁰ sulle quali si tornerà nel paragrafo successivo.

Sulla natura del precedente come fonte del diritto, in dottrina si registra un vivace dibattito, nel quale si confronta chi ritiene il precedente giudiziario annoverabile tra le fonti del diritto ⁴¹¹, e chi, all'opposto, invece ritiene che al precedente possa assegnarsi esclusivamente un valore meramente fattuale, non giuridico, costituendo lo stesso "un'autorità di mero fatto, morale, esemplare e magistrale, che non trova alcun riconoscimento – quale che sia – nel diritto positivo" ⁴¹².

Quest'ultima impostazione, prevalente in dottrina, che nega il carattere creativo della giurisprudenza e di conseguenza la sua annoverabilità tra le fonti del diritto, "si fonda sul presupposto che interpretare norme significhi soltanto scoprire, per mezzo di strumenti logici e dogmatici, il significato proprio della norma giuridica" ed è "tipica della teoria più tradizionale, fondata su un'idea rigida e statica del principio di divisione dei poteri e sull'ideologia del liberalismo classico" ⁴¹³.

Per quanto riguarda il diritto positivo, è necessario prendere atto che "nel nostro ordinamento non esiste una norma giuridica che espressamente ci dica che essa

⁴¹⁰ In tal senso GORLA G., *Precedente giudiziale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXIII, Roma 1990 che sottolinea come tra le ragioni a sostegno della necessità di osservanza da parte dei giudici dei precedenti giudiziari vi sia la tutela dell'affidamento di chi confidando sugli stessi ha compiuto certi atti o ha tenuto certi comportamenti.

⁴¹¹ In tal senso PIZZORUSSO A., op. cit., pag. 533; il quale tuttavia, pur annoverando il precedente giudiziario tra le fonti del diritto non ne riconosce la natura creativa, sostenendo la natura dichiarativa dello stesso similmente a tutte le altre fonti "interpretative".

⁴¹² ANZON A., *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Roma, 1985, pag. 94. Nega la natura di fonte del diritto della giurisprudenza consolidata anche CACCIAVILLANI I., *Il principio del giusto processo: dovere del giudice o diritto della parte*, in *LexItalia* 1/2012 secondo cui l'affermazione nel nostro ordinamento del principio che annovera come fonte di diritto positivo la giurisprudenza consolidata costituisce "una vera aberrazione introdotta con indubbia leggerezza come corollario del diritto al giusto processo; in realtà eversiva non solo del giusto processo correttamente inteso, ma dello stesso sistema giudiziario costituzionale."

⁴¹³ TARUFFO M., *Giurisprudenza (voce)*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Treccani, 1994.

non può essere una fonte del diritto, né una norma che altrettanto espressamente ci dica che può esserlo o lo è ⁴¹⁴.

Tradizionale ostacolo al riconoscimento della natura “creativa” della giurisprudenza è la carenza di una “legittimazione democratica” propria da parte della magistratura. Tale assunto viene ribadito dalla giurisprudenza di legittimità che, nelle sue più recenti pronunce, afferma quanto la soggezione del giudice alla legge “realizza l’unico collegamento possibile in uno Stato di diritto, tra il giudice, non elettivo né politicamente responsabile, e la sovranità popolare, di cui la legge, opera di parlamentari eletti dal popolo e politicamente responsabili, è l’espressione prima” ⁴¹⁵.

Il presente atteggiamento della dottrina che, senza osservare la realtà, nega la possibilità per i giudici di creare diritto, aggrappandosi ai principi di legalità e di separazione dei poteri *allo stesso qual modo gli ubriachi si attaccano ai lampioni non per farsi illuminare ma per farsi sorreggere*, è stato definito, non a torto, da alcuni autori un atteggiamento ipocrita ⁴¹⁶.

Che il dogma della natura “dichiarativa” della giurisprudenza sia soltanto una puerile ⁴¹⁷ finzione è un dato di fatto rilevato già da tempo da alcuni autori ⁴¹⁸,

⁴¹⁴ In tal senso BINI M., *L’interpretazione giurisprudenziale in Italia come fonte del diritto: il caso dei contratti collettivi di diritto comune*, in <http://www.giuri.unige.it>, Così BIAGIAVI nei suoi Appunti sul Diritto Giudiziario, pubblicati nel 1933 e ristampati con prefazione di Marino BIN, Padova, 1989, pag.4. *Contra* Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Relazione Tematica sul tema “Overruling giurisprudenziale in materia di processo civile”, pag. 23 che afferma come l’opinione per cui la giurisprudenza non è annoverata tra le fonti del diritto è corredata dai dati positivi.

⁴¹⁵ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, Sentenza 15144/2011.

⁴¹⁶ BINI M., *L’interpretazione Giurisprudenziale in Italia come fonte del diritto: il caso dei contratti collettivi di diritto comune*, op. cit., pag. 1.

⁴¹⁷ Così BENTHAM, che definiva la finzione secondo cui i giudici non creano diritto una “childish fiction”, citazione ripresa da BIAGIAVI W., op. cit., pag. 136.

⁴¹⁸ Così BIAGIAVI W. nei suoi *Appunti sul Diritto Giudiziario*, pubblicati nel 1933 e ristampati con prefazione di Marino BIN, Padova, 1989.

tanto lungimiranti quanto intellettualmente onesti, secondo cui “si considera come attività meramente dichiarativa del giudice quella che è senza dubbio attività creativa (...) si finge che l’ordinamento giuridico sia compiuto (...) per il fatto che l’attività del giudice si svolge entro limiti legali, sia pure latissimi.”

Non si può infatti ignorare che gli interpreti creano diritto ogni volta che elaborano “norme inesprese”, quantomeno nel caso in cui queste siano frutto di ragionamenti logicamente validi nelle cui premesse figurano enunciati che non sono norme espresse ma piuttosto tesi dogmatiche, o nel caso in cui tali norme siano ricavate a partire da norme espresse secondo ragionamenti logicamente invalidi ⁴¹⁹.

Così come rilevato da autorevoli commentatori “all’immagine del giudice *bouche de la loi*, cara a Montesquieu e al formalismo positivista, si è ormai da tempo sostituito un modello di giudice come *problem-solver*, come operatore sociale e politico e garante dei diritti dei cittadini, che svolge la sua opera creando diritto e compiendo le scelte necessarie a una reale ed effettiva amministrazione della giustizia” ⁴²⁰.

Tale dato di fatto, in pieno contrasto con la ricostruzione secondo cui il giudice soggetto alla legge non è chiamato a creare diritto costituisce, secondo autorevole dottrina, una “contraddizione fondamentale” ⁴²¹.

⁴¹⁹ In tal senso cfr. BINI M., op. cit.

⁴²⁰ TARUFFO M, *Giurisprudenza (voce)*, in Enciclopedia delle Scienze Sociali, 1994, Treccani

⁴²¹ BARBERIS M., *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell’interpretazione*, in Analisi e diritto, Torino, 2004, pag. 1.

Una contraddizione quella per cui il giudice, fedele alla legge, non debba creare diritto ma allo stesso tempo non possa non crearlo, che in realtà è soltanto apparente.

È necessario osservare che l'assunto su cui la dottrina ⁴²² afferma che la natura creativa della giurisprudenza violerebbe i principi di separazione dei poteri, di legalità e di indipendenza funzionale dei giudici è costituito dall'art. 101 della Costituzione, secondo il quale "il giudice è soggetto soltanto alla legge."

Come rilevato da alcuni Autori, tale affermazione potrebbe essere letta sia nel senso di sostenere che l'interpretazione del giudice non possa andare al di là della legge, secondo l'impostazione tradizionale, sia nel senso che l'interpretazione del giudice è libera e non soggetta all'interferenza di altri poteri. In questa ottica è opportuno citare autorevole dottrina ⁴²³ che sottolinea come il principio della separazione dei poteri è stato storicamente inteso in due modi diametralmente opposti. Secondo una prima interpretazione questo si sostanzierebbe in un criterio di ripartizione del potere fra classi, mentre secondo altri interpreti consisterebbe in uno strumento di garanzia del cittadino. È indubbio che il nostro ordinamento costituzionale vivente, così come ridisegnato dal graduale ma inesorabile processo di integrazione europeo, accogliendo tale principio "segue questa seconda linea interpretativa di esso", e pertanto la soggezione del giudice soltanto alla legge non può tradursi come una soggezione dello stesso al legislatore, quanto piuttosto

⁴²² In tal senso BIONDI F., *La decisione delle Sezioni Unite della Cassazione ha lo stesso "valore" della fonte del diritto scritto*, op. cit. pag. 4 che sottolinea come l'imposizione ai giudici "di adeguarsi al principio di diritto espresso nella sentenza resa a sezioni unite, si viola il principio di indipendenza funzionale interna dei giudici" sancito dall'art. 101 comma 2 Cost che "nello stabilire che i giudici sono soggetti solo alla legge, esprime l'esigenza che il giudice non riceva che dalla legge l'indicazione delle regole da applicare nel giudizio e che nessuna altra autorità possa dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto."

⁴²³ CERRI A., *Leggi retroattive e costituzione*, op. cit., pag. 521.

nella garanzia dell'applicazione imparziale del diritto da parte del giudice senza che alcun altro potere possa interferire con l'esercizio dell'attività giurisdizionale.

Alla luce delle osservazioni sopra svolte, una rilettura dell'art. 101 della Costituzione orientata dalla più recente giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo potrebbe essere quella secondo cui "il giudice è soggetto soltanto al diritto"⁴²⁴, proprio in virtù della più ampia definizione di legge adottata dalla Corte.

Tale diversa formulazione rende evidente come la richiamata contraddizione evocata dalla dottrina sia in realtà soltanto apparente in quanto dall'art. 101 non si possa far discendere automaticamente un implicito divieto nei confronti del giudice di "creare diritto".

Una volta verificata la possibilità di annoverare la giurisprudenza, e in particolar modo gli orientamenti giurisprudenziali consolidati della Corte di Cassazione, tra le fonti del diritto, appare opportuno soffermarci brevemente sulle caratteristiche di tale fonte del diritto e sui rapporti che intercorrono tra essa e le altre fonti presenti all'interno del nostro ordinamento.

In tal senso appare innanzitutto opportuno rilevare come la dottrina abbia teorizzato la possibilità per la giurisprudenza di costituire fonte di vero e proprio diritto consuetudinario, arrivando a formulare l'affermazione secondo cui l'*usus fori* in senso stretto costituisce una sottospecie del diritto consuetudinario.

In tal senso si rimanda alla posizione del Gierke così come illustrata da Bigiavi, secondo il quale "in virtù della particolare posizione dei giudici all'interno

⁴²⁴ Diritto inteso come non insieme di testi ma di norme. In tal senso vedi sempre BINI M., op. cit.

dell'ordinamento, la ripetizione di atti costanti da parte degli stessi, non dà vita ad una mera prassi avente efficacia soltanto nell'ambito dei collegi stessi, bensì origina un diritto consuetudinario”

La teoria espressa dai due giuristi è rimasta minoritaria ed è stata sottoposta alle critiche dalla dottrina dominante che, in senso contrario, ha argomentato come l'*usus fori* non costituisca consuetudine per la semplice ragione che manca l'uso da parte dei consociati, tutt'al più potendo l'*usus fori* concorrere a generare un comportamento dei cittadini, persuasi dell'obbligatorietà dello stesso che solo con l'andar del tempo potrà diventare giuridicamente obbligatorio.

Tale fondata osservazione non ci consente di ignorare che tra il diritto giurisprudenziale e quello consuetudinario ci sono diversi “elementi di similitudine”, il più importante dei quali è rappresentato dal fatto che “la norma giurisprudenziale, al pari di quella consuetudinaria, non viene statuita con un unico atto databile ma si instaura progressivamente”⁴²⁵. Elemento che contribuisce ad avvalorare la suggestiva tesi dell'ascrivibilità della giurisprudenza alla categoria delle fonti-fatto.

Secondo chi scrive, infatti, l'impossibilità di qualificare l'*usus fori* come una vera e propria consuetudine, non ci impedisce di annoverare la giurisprudenza tra i “fatti normativi”⁴²⁶ che si collocano, al pari delle consuetudini “*secundum legem*” previste dall'art 8 delle disposizioni sulla legge in generale, in una posizione gerarchicamente inferiore alla legge, stante l'obbligo per i giudici di non

⁴²⁵ In tal senso ROSELLI F., *Sull'affidamento del cittadino*, op. cit., pag. 341.

⁴²⁶ In tal senso PIZZORUSSO A., *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, in <http://archivio.rivistaaic.it>, che sottolinea come “nel caso del precedente, il fatto produttivo del sorgere della norma è costituito dall'adozione di essa come ratio decidendi di un caso giudiziario” (nota 55).

contraddire con la propria attività interpretativa il dato testuale contenuto nella legge, ma ugualmente capaci di ingenerare l'affidamento dei cittadini.

Alla luce delle riflessioni operate in queste pagine appare più che condivisibile l'opinione espressa in dottrina secondo la quale, con il passaggio dall'assolutismo giuridico a un forte assetto pluralistico caratterizzato dal moltiplicarsi e dall'intrecciarsi dei piani di legalità, sono venute meno le ragioni storiche che hanno sostenuto la negazione del carattere di fonte del diritto delle pronunce giudiziali ⁴²⁷. Il mito del giudice bocca della legge, come affermato acutamente da alcuni autori, non può coesistere con la società moderna, in quanto lo stesso partecipa strutturalmente al processo formativo del diritto, al fine di rispondere a esigenze di giustizia, alla necessità di colmare le lacune normative e di adeguare la disciplina alla realtà che muta più veloce dei processi legislativi ⁴²⁸.

Naturale conclusione delle riflessioni fatte in queste pagine è che sia giunto il tempo per il riconoscimento della piena aderenza al disposto costituzionale del potere attribuito al giudice in alcuni casi di "fare diritto" ⁴²⁹, purché l'esercizio di tale potere non si traduca in una contraddizione esplicita del disposto normativo, vista la natura sub-legislativa della giurisprudenza come fonte del diritto ⁴³⁰. Una strada che seppur con timidezza sembra essere già stata intrapresa dai giudici di piazza Cavour, che in una recente pronuncia affermano come "senza varcare la linea di rottura con il dato positivo ed evadere da questo (la giurisprudenza)

⁴²⁷ In tal senso CAPONI R., *Giusto Processo e Retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le corti*, op. cit., pag. 3774.

⁴²⁸ Cfr. MENGONI L., *Diritto e valori*, Bologna, 1995.

⁴²⁹ Potere che come osservano alcuni autori la Corte di Cassazione si è riconosciuta autonomamente, in tal senso VERDE G., op. cit., pag. 11.

⁴³⁰ Cfr. BIONDI F., *La decisione delle Sezioni Unite della Cassazione ha lo stesso "valore" della fonte del diritto scritto*, op. cit. pag. 3 che rileva come "la maggioranza della dottrina ammette che il giudice, sia pure entro i limiti consentiti dal dato testuale, contribuisce a creare diritto."

assume un ruolo centrale nella precisazione del contenuto e della latitudine applicativa della norma e assolve sostanzialmente una funzione integrativa della medesima”⁴³¹ partecipando di fatto alla produzione del diritto.

A tal proposito si ritiene che sarebbe opportuno introdurre nel nostro ordinamento strumenti di pubblicità delle decisioni della Corte di Cassazione analoghi a quelli previsti per le pronunce della Corte costituzionale e in altri sistemi nei quali la giurisprudenza è riconosciuta esplicitamente tra le fonti del diritto, al fine di garantire la piena accessibilità ai cittadini rispetto a tale fonte.

Le riflessioni effettuate in queste pagine, unitamente alla considerazione che, così come affermato dai giudici di Piazza Cavour, “ciò che non è consentito alla legge non può similmente essere consentito alla giurisprudenza.”⁴³², ci spingono a interrogarci sui problemi derivanti dal rapporto tra il diritto giurisprudenziale, come abbiamo visto “naturalmente retroattivo”, e i principi di tutela dell’affidamento e di certezza del diritto sanciti dalla nostra Costituzione.

14. Il legittimo affidamento sugli orientamenti giurisprudenziali consolidati

L’idoneità degli orientamenti giurisprudenziali consolidati a fondare un legittimo affidamento in capo al cittadino, meritevole di tutela da parte dell’ordinamento è confortata altresì da alcune disposizioni contenute nel nostro ordinamento, come ad esempio l’art. 26 del nuovo codice del processo amministrativo.

⁴³¹ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 18288/2010.

⁴³² Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 15144/2011.

La predisposizione di un sistema “sanzionatorio” all’interno dell’art. 26 del nuovo processo amministrativo, che dà al giudice amministrativo la facoltà di condannare la parte soccombente al pagamento di una somma di denaro, in aggiunta alle spese, nel caso in cui la sua decisione sia fondata su “orientamenti giurisprudenziali consolidati”, fornisce ulteriori argomenti a favore di chi ritiene che si possa configurare un’ipotesi di legittimo affidamento su tali orientamenti.

Se la stabilità di tali orientamenti è tale da indurre il legislatore a introdurre uno strumento di dissuasione nei confronti del ricorrente che voglia fondare le proprie ragioni su argomentazioni in contrasto con gli stessi, legittima è la preoccupazione di chi, in dottrina e in giurisprudenza, solleva il problema di tutelare l’affidamento che il cittadino ha riposto in essi.

Argomenti di prova a sostegno della necessità di tutelare l’affidamento negli orientamenti giurisprudenziali consolidati possono essere ricavati dalla recente giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo che ha stabilito che “il credito dei lavoratori fondato su una giurisprudenza chiara e consolidata costituisce un vero e proprio bene” (una *espérance légitime*) di cui i titolari possono essere privati solo nel rispetto dei principi validi per le espropriazioni”, affermando così l’idoneità degli ordinamenti giurisprudenziali consolidati a generare un affidamento pari a quello che i cittadini ripongono nella legge e che di conseguenza merita la medesima tutela.

Sull’idoneità della giurisprudenza consolidata a fondare l’affidamento dei cittadini è possibile fare riferimento a quanto affermato dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo nel caso *Kopecky c. Slovenia*. In quella occasione i giudici di

Strasburgo affermano che “l’interesse del ricorrente non può essere considerato un valore patrimoniale in mancanza di una base nel diritto interno”, rilevando altresì come a tal fine sia “tuttavia bastevole anche una giurisprudenza consolidata dei tribunali.”

Non convincono le soluzioni intermedie di chi, pur rivendicando il carattere creativo della giurisprudenza, nega la possibilità di equiparare la sentenza che sovverte la giurisprudenza consolidata allo *jus novum*⁴³³ capace di ingenerare l’affidamento dei cittadini. Una posizione che si scontra con le recenti esternazioni della Corte di Cassazione⁴³⁴ che ha identificato con il *novum* “non soltanto la nuova legge in senso formale ma anche il nuovo diritto vivente”⁴³⁵.

La valutazione dell’affidamento leso dall’*overruling*, e di conseguenza dell’opportunità di applicare uno dei rimedi possibili elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, non potrà non tenere conto del grado di “creatività” della pronuncia del giudice che naturalmente sarà diverso a seconda del tipo di parametro normativo anteriore che essa è chiamata ad interpretare o integrare⁴³⁶.

Considerato che, da quanto sopra esposto, emerge in maniera evidente come da qualunque mutamento retroattivo della disciplina applicabile a una determinata situazione, sia esso di origine legislativa o giurisprudenziale, possano derivare sempre effetti pregiudizievoli per i cittadini, è necessario verificare se e come nel

⁴³³ SORRENTI G., op. cit. pag. 5.

⁴³⁴ Corte di Cassazione, Sentenza 18288 del 21 gennaio 2010.

⁴³⁵ BIONDI F., *La decisione delle Sezioni Unite della Cassazione ha lo stesso “valore” della fonte del diritto scritto? Quando l’interpretazione conforme alla Cedu pone dei dubbi di costituzionalità*, in Osservatorio sulle Fonti, 2010, pag. 2.

⁴³⁶ CAPONI R., *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali*, op. cit., pag.3774.

nostro ordinamento sia possibile prevedere dei limiti alla retroattività della giurisprudenza.

Di fronte a tale necessità la Corte di Cassazione, in un primo momento ha preferito non affrontare con decisione la questione della retroattività dei mutamenti di giurisprudenza ovviando al problema della tutela dell'affidamento del cittadino, in maniera decisamente pragmatica, attraverso lo strumento della rimessione in termini ⁴³⁷.

Tale rimedio, definito dalla dottrina “una finzione perfetta” ⁴³⁸, permette ai giudici di rispettare integralmente il dogma della retroattività del mutamento giurisprudenziale, fingendo che la parte sia incorsa in un errore scusabile ⁴³⁹.

Lo strumento dell'errore è stato utilizzato anche in materia penale nel caso di un mutamento *in malam partem* della giurisprudenza relativa a una data fattispecie incriminatrice ⁴⁴⁰.

Un atteggiamento diverso è stato quello della dottrina ⁴⁴¹ che si è interrogata sulla possibilità di derogare alla generale idea di una retroattività “costante illimitata ed inevitabile” delle pronunce giurisprudenziali proprio al fine di tutelare

⁴³⁷ Così CAPONI R., *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*, in Foro Italiano, 2011, pag. 3344. “Di fronte ad una situazione che si ribellava ad essere assoggettata al principio della retroattività non si è modificato il principio ma si è ricostruita la realtà in modo diverso”.

⁴³⁸ CAPONI R., *Retroattività del mutamento di giurisprudenza*, op. cit., pag. 3345.

⁴³⁹ Sempre CAPONI R., *Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali come ius superveniens irretroattivo*, in Foro it., 2010, V, pag. 311 osserva come qualora un nuovo indirizzo giurisprudenziale abbia determinato una decadenza anche per gli atti processuali già computi “non si è verificato nessun impedimento, non c'è errore scusabile, bensì manca proprio l'errore”.

⁴⁴⁰ Cfr. Corte Cost., sent. n. 364 del 1988, ove si legge che “l'errore sul precetto è inevitabile nei casi di impossibilità di conoscenza della legge penale da parte d'ogni consociato. Tali casi attengono, per lo più, alla (oggettiva) mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa (ad es. assoluta oscurità del testo legislativo) oppure a un “gravemente caotico (...) atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari”.

⁴⁴¹ SANTANGELI F., op. cit., pag. 11.

l'affidamento del cittadino. Diverse le soluzioni prospettate dalla dottrina: dalla radicale cristallizzazione del precedente giurisprudenziale, superabile soltanto con l'intervento del legislatore, al meno intenso obbligo di motivazione del distacco dall'orientamento consolidato, passando per le soluzioni intermedie rappresentate dalla limitazione delle ipotesi in cui sia possibile l'*overruling* processuale e dalla possibilità di applicazione del cd. "*prospective overruling*", che prevede la non applicazione dei nuovi orientamenti al caso oggetto della controversia e alle fattispecie a esso precedenti.

Proprio su tale istituto, che costituisce la più coerente risposta al problema della retroattività della giurisprudenza creativa, appare opportuno soffermarsi, anche alla luce del recepimento (che si approfondirà in seguito) da parte della Corte di Giustizia della Comunità Europea ⁴⁴² di un generale principio di irretroattività per tale tipologia di pronunce.

15. Il *prospective overruling*

Lo strumento del "*prospective overruling*", elaborato dalle Corti americane al fine di evitare il travolgimento dell'affidamento e adottato da tempo nei paesi di common law, è stato di recente utilizzato dalla Corte di Giustizia Europea ed in ipotesi eccezionali dalla nostra Corte costituzionale e consiste nell'enunciazione da parte del giudice di un nuovo principio diverso da quello espresso nell'orientamento seguito nelle precedenti decisioni, limitando nel tempo gli

⁴⁴² Cfr CGCE, 8 febbraio 2007, c-3/06 P, Groupe Danone c. Commissione.

effetti della sentenza (negandone, ad esempio, la retroattività, e non applicandola neanche al caso in esame) ⁴⁴³.

Nel panorama dei paesi europei di civil law tale strumento ha già trovato alcune applicazioni, in particolar modo nell'ordinamento tedesco ⁴⁴⁴ e, più di recente, in quello francese ⁴⁴⁵.

Nel nostro ordinamento viene applicato per la prima volta con la sentenza n. 15144/2011 delle sezioni unite della Corte di Cassazione, con la quale i giudici della Suprema Corte prendono posizione sul tema generale della retroattività degli overruling vertenti sull'interpretazione-applicazione di norme processuali, che con diversi esiti cominciava ad essere vivacemente dibattuto in dottrina.

Con tale sentenza, per la prima volta le sezioni unite della Corte di Cassazione escludono la normale efficacia retroattiva del mutamento di giurisprudenza “nei

⁴⁴³ Cfr. Corte di Cassazione, Ufficio del massimario e del ruolo, Relazione tematica su “L’overruling giurisprudenziale in materia di processo civile” nella quale si afferma che “il prospective overruling si esplicita, dunque, nella possibilità per il giudice di modificare un precedente, ritenuto non più adeguato a regolare quella determinata fattispecie, per tutti i casi che si presenteranno in futuro, decidendo però il caso alla sua immediata cognizione in base alla regola superata.” Per una definizione di prospective overruling vedi anche MATTEI U., Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d’America, Milano, 1988, pag. 311, che afferma come tale tecnica decisoria consenta al giudice “di modificare un precedente (ritenuto dottrinarmente non più adeguato a regolare quella determinata fattispecie) per tutti i casi che si presenteranno di lì innanzi, decidendo tuttavia il caso di specie in applicazione della regola superata.”

⁴⁴⁴ In tale ordinamento la naturale retroattività del cambiamento giurisprudenziale è fortemente temperata dal principio di legittimo affidamento, oggetto in Germania di una grande elaborazione dottrina e giurisprudenziale. In particolar modo è possibile rilevare come la corte federale delle finanze, competente in materia fiscale faccia uso del prospective overruling ogni qualvolta la ponderazione degli interessi in gioco e la valutazione dell’influenza dei precedenti giurisprudenziali sui comportamenti delle parti in giudizio suggerisce di confinare la sentenza nei limiti di un semplice “annuncio di cambio della giurisprudenza”.

⁴⁴⁵ Cfr. Cour de cassation, 2 chambre civile, 8 luglio 2004, 01/10426 per un caso di overruling processuale, applicato esclusivamente pro futuro al fine di non violare l’art. 6, comma 1 della CEDU; Cfr. altresì Cour de cassation Ass. plén, 21 dicembre 2006 con la quale la Cassazione francese ha ritenuto che sia contraria ai principi di legalità e non retroattività, la applicazione immediata di un revirement giurisprudenziale comportante l’abbreviazione dei termini di prescrizione in tema di azione per risarcimento dei danni da attentato alla presunzione di innocenza a mezzo stampa.

confronti della parte che abbia confidato nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa”⁴⁴⁶.

Tale esclusione viene fondata dalla Suprema Corte sul fatto che il mutamento giurisprudenziale in questione è caratterizzato dalla imprevedibilità e dal fatto che comporta un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte. La concorrenza di tali presupposti giustifica “per la loro eccezionalità” una scissione tra il fatto e l’effetto che dovrebbe derivarne secondo l’orientamento giurisprudenziale sopravvenuto.

Tale sentenza, che si inserisce nel novero delle sentenze adottate dalla Suprema Corte finalizzate a garantire una interpretazione delle norme processuali maggiormente conforme all’art. 111 della Costituzione, è stata oggetto di numerose critiche da parte della dottrina, che si è divisa tra chi ha contestato l’eccessiva timidezza della Corte⁴⁴⁷ e chi invece ha sottolineato le potenzialità.

Quasi in risposta a chi in dottrina⁴⁴⁸ aveva definito la sentenza 15144/2011 una “pronuncia sincopata, che non tra tutte le conseguenze possibili dalle premesse accolte, che non precisa l’ambito e le modalità di applicazione del nuovo principio che (...) aspetta adesso altri contributi per essere utilizzato e condiviso” la Corte di Cassazione⁴⁴⁹, con una successiva pronuncia, chiarisce la propria posizione in ordine all’ammissibilità del *prospective overruling* all’interno del nostro ordinamento precisando che affinché si possa parlare di *prospective overruling* devono concorrere in via cumulativa tra loro i seguenti presupposti:

⁴⁴⁶ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, Sentenza 15144/2011.

⁴⁴⁷ SANTANGELI F., *La tutela del legittimo affidamento sulle posizioni giurisprudenziali*, op. cit.

⁴⁴⁸ SANTANGELI F., op. cit., pag. 4

⁴⁴⁹ Corte di Cassazione, sez. lav., sentenza 28967 del 27 dicembre 2011.

- a) che si verta in materia di mutamento di giurisprudenza su una regola del processo;
- b) che tale mutamento sia stato imprevedibile a cagione del carattere lungamente consolidatosi nel tempo del pregresso indirizzo, tale da indurre la parte ad un ragionevole affidamento su di esso;
- c) che l'*overruling* comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte.

L'elemento di sicura novità di tale pronuncia è la categorica esclusione da parte della Corte di Cassazione della possibilità di applicare il *prospective overruling* quando l'inversione giurisprudenziale abbia a oggetto una norma di natura sostanziale.

Di diverso atteggiamento sono le Corti Europee che hanno invece affermato espressamente, anche se (al momento) limitatamente alla materia penale, che il divieto di retroattività si estende ai mutamenti giurisprudenziali relativi a disposizioni di carattere sostanziale.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ⁴⁵⁰ ha ritenuto contraria al divieto di retroattività sancito dall'art. 7 CEDU l'applicazione a fatti anteriormente commessi di un indirizzo giurisprudenziale estensivo della sfera operativa di una fattispecie criminosa, ove la nuova interpretazione non rappresenti un'evoluzione ragionevolmente prevedibile della giurisprudenza anteriore.

⁴⁵⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze 10 ottobre 2006, Pessino contro Francia e 22 novembre 1995, S.W. contro Regno Unito.

Nello stesso senso la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ⁴⁵¹ che, prendendo spunto dalla nozione ampia di diritto elaborata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (vedi supra), è giunta alle stesse conclusioni dei giudici di Strasburgo affermando, per quanto riguarda la materia penale, che l'irretroattività investe anche l'interpretazione giurisprudenziale il cui risultato non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui l'infrazione è stata commessa ⁴⁵², e ciò alla luce "dell'interpretazione vigente a quell'epoca nella giurisprudenza relativa alla disposizione legale in questione".

Per quanto riguarda il dibattito in dottrina in ordine alla possibilità di configurare, all'interno del nostro ordinamento, il "*prospective overruling*" come soluzione per garantire la tutela dell'affidamento da parte dei cittadini vi sono state numerose voci critiche ⁴⁵³.

Appare innanzitutto opportuno confrontarsi con l'obiezione tradizionale avanzata dalla dottrina secondo cui il riconoscimento del potere del Giudice di innovare un orientamento giurisprudenziale consolidato attraverso la mera enunciazione del nuovo principio e la contestuale decisione della fattispecie sottoposta alla sua immediata cognizione in base alla vecchia regola costituirebbe una violazione del principio della separazione dei poteri.

Tale obiezione è affrontata dai sostenitori del *prospective overruling* attraverso la considerazione del principio di separazione dei poteri come "un principio non

⁴⁵¹ CGCE, 8 febbraio 2007, C-3/06 P, Groupe Danone/ Commissione; CGCE, 28 giugno 2005, C-189/02 P + altre, Dansk Rørindustri e a./Commissione.

⁴⁵² Sia che la mancata prevedibilità dipenda da una nuova interpretazione su una normativa oscura sia nel caso in cui venga in rilievo un mutamento giurisprudenziale sfavorevole ed imprevedibile. Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, S.W. c. Regno Unito, 22 novembre 1995.

⁴⁵³ Anche la dottrina più illuminata rileva come tale istituto "sembra difficilmente compatibile con l'ordinamento italiano il quale si ispira a criteri di notevole rigidità nel disciplinare l'attività giudiziaria. Così PIZZORUSSO A., op. cit., pag. 538.

assoluto, bensì ordinatorio, che non esclude aprioristicamente deroghe ed eccezioni”⁴⁵⁴. Quest’ultimo argomento trova ulteriore forza nell’osservazione che tale principio, pur essendo stato autorevolmente definito come condizione essenziale all’esistenza stessa di una Costituzione, non è stato adottato dalla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo⁴⁵⁵.

Superabili sono altresì le critiche di chi⁴⁵⁶ ritiene che l’utilizzo della tecnica della *prospective overruling* toglierebbe alle parti del giudizio l’interesse a contraddire sulla specifica questione. Così come efficacemente sottolineato da altri e più autorevoli commentatori⁴⁵⁷, tale obiezione sarebbe fondata soltanto se venisse sancito un generale principio di irretroattività dell’*overruling*, con la conseguenza che il ricorso al *prospective overruling* non sarebbe una possibilità per il giudice, da operare in seguito ad un attento bilanciamento, bensì un obbligo⁴⁵⁸.

Suggestiva la posizione di chi, ponendo l’accento sul fatto che “la posizione della norma (da parte del giudice) si differenzia dalla posizione della norma in via diretta da parte del legislatore in quanto in tale secondo caso la norma viene creata ed enunciata attraverso la sua applicazione”⁴⁵⁹, nega la possibilità del *prospective*

⁴⁵⁴ SANTANGELI F., op. cit., pag. 25.

⁴⁵⁵ In tal senso ZAGREBELSKY G., *La convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in (a cura di) MANES- ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, pag. 75.

⁴⁵⁶ In tal senso VERDE G., *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto tra giudice e legge)*, op. cit., pag. 20, che evidenzia come “i soggetti privati non abbiano alcun interesse ad affrontare l’alea e i costi di un giudizio in cassazione dal quale sanno già in partenza di non poter ricavare alcun utile in quanto accettando l’istituto del *prospective* “un ricorso per cassazione basato sulla critica di una interpretazione consolidata della giurisprudenza rischia di essere inutile per la parte che lo ha proposto”.

⁴⁵⁷ Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Relazione Tematica*, op. cit., pag. 67.

⁴⁵⁸ È da sottolineare altresì come la parte che riesca a sovvertire un indirizzo consolidato possa beneficiare di tale mutamento dimostrando che la nuova interpretazione era in quale modo prevedibile e di conseguenza non sussiste affidamento da tutelare.

⁴⁵⁹ In tal senso BIGIAMI W., op. cit., pag. 158.

overruling per la motivazione tecnica secondo cui la posizione della norma avviene attraverso la decisione del caso concreto.

A tali osservazioni è possibile obiettare come il comma 3 dell'art. 363 c.p.c. così come riformulato dal d.lgs 42/2006 preveda espressamente la facoltà per la Corte di Cassazione di pronunciarsi sul principio di diritto, anche in caso di ricorso inammissibile, ponendo quindi una “norma” in un contesto ove non è possibile procedere alla sua applicazione nel caso concreto.

Le riflessioni sopra riportate spingono chi scrive a ritenere che nulla osta, all'interno del nostro ordinamento a ritenere applicabile l'istituto del *prospective overruling*, rispetto a tutte quelle pronunce giurisprudenziali caratterizzate da uno spiccato tasso di creatività, che mutando un orientamento giurisprudenziale consolidato ledano l'affidamento (legittimo) del cittadino.

Non convince la posizione di netta chiusura manifestata dalla Corte di Cassazione⁴⁶⁰ relativamente all'applicabilità dell'istituto del *prospective* nel caso di *overruling* vertenti su questioni di diritto sostanziale.

Se l'applicabilità dell'istituto nel caso di *overruling* processuali viene giustificata dalla concorrente necessità di tutelare l'affidamento e di impedire la violazione del diritto di difesa e di azione, così come garantito dalla Costituzione, risulta spontaneo domandarsi: “*quid iuris*” se attraverso un *overruling* “sostanziale” viene leso in maniera irreparabile un altro diritto costituzionalmente protetto?

In altre parole, ci si domanda se è possibile immaginare che un mutamento giurisprudenziale imprevedibile che leda ad esempio la libertà di iniziativa

⁴⁶⁰ Vedi la già citata sentenza Corte di Cassazione, sez. lav. n. 28967 del 27 dicembre 2011.

economica dello stesso (art. 41 Cost.) o il diritto di accesso alle cariche elettive⁴⁶¹ (art. 51 Cost.) sia applicato dal giudice soltanto pro futuro al fine di tutelare l'affidamento legittimo del cittadino.

Alla luce delle considerazioni sinora svolte si ritiene che la risposta non possa che essere affermativa e che, pertanto, in caso di mutamento di orientamenti giurisprudenziali consolidati, indipendentemente che questi riguardino una questione di diritto processuale o sostanziale, sia possibile immaginare che il giudice sia chiamato a operare un bilanciamento tra il principio di separazione dei poteri e quello di legittimo affidamento, escludendo la naturale retroattività della pronuncia giurisprudenziale quando questa, in violazione del principio di tutela del legittimo affidamento, comporti una lesione di un diritto costituzionalmente garantito.

Tale necessità è implicitamente sostenuta dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione quando afferma che i mutamenti della giurisprudenza “quale che ne sia la qualificazione devono, al pari delle leggi retroattive, a loro volta rispettare il principio di ragionevolezza, non potendo frustrare l'affidamento ingenerato come, nel cittadino, dalla legge previgente, così, nella parte, da un pregresso indirizzo ermeneutico, in assenza di indici di prevedibilità della correlativa modificazione”⁴⁶².

Naturalmente nell'effettuare tale giudizio di bilanciamento il giudice non potrà non tenere in conto la diversa e minor forza⁴⁶³ che il precedente giudiziario quale

⁴⁶¹ Per approfondire il binomio irretroattività (legislativa) – capacità può essere utile consultare GROTANELLI DE SANTI G., *Profili costituzionali*, op. cit., pag. 108.

⁴⁶² Corte di Cassazione, Sezioni Unite, Sentenza 15144/2011.

⁴⁶³ Cfr. PIZZORUSSO A., op. cit., pag. 533.

fonte del diritto ha nel nostro ordinamento rispetto alla legge. Da ciò deriva che al fine di verificare la sussistenza di reale e fondato affidamento, dovrà tenere in conto di alcuni fattori quali la consistenza della giurisprudenza in materia ⁴⁶⁴, l'estensione dell'arco di tempo entro cui si sono susseguite le pronunce fondanti l'affidamento, la complessità della materia, la prevedibilità del mutamento alla luce di un cambiamento delle condizioni socio-culturali ⁴⁶⁵.

Rispetto al tema trattato nella prima parte di questo breve scritto la prospettiva è capovolta. Se la retroattività delle leggi rappresenta una eccezione, rispetto a un generale ma derogabile (nel caso in cui ricorrano “motivi imperativi di interesse generale”) principio di irretroattività, la retroattività del mutamento giurisprudenziale è al contrario regola generale derogabile, a seguito di una prudente valutazione del giudice: l'irretroattività diventa eccezione.

16. Retroattività delle sentenze della Corte costituzionale. Cenni

A margine della presente riflessione si ritiene opportuno accennare brevemente ai problemi derivanti dall'efficacia retroattiva delle sentenze della Corte costituzionale di accoglimento, pronunciate nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale della legge.

⁴⁶⁴ Ci sono materie oggetto di contenziosi ricchi e addirittura esasperati, dove ogni recondito meandro argomentativo viene continuamente sviscerato e scrutinato con dovizie di pronunce, in cui l'individuazione dell'indirizzo è ben facile ed evidente; e ci sono casi marginali, dove i precedenti sono variamente rari; talora estremamente rari. In tal senso CACCIAVILLANI I., op. cit.

⁴⁶⁵ In tal senso si veda BERNARDI A., *Art. 7*, in (a cura di) BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pag. 265 ss..

Tali sentenze, definite da autorevole dottrina⁴⁶⁶ come una ulteriore *species* di *ius superveniens* retroattivo, possono essere annoverate tra le fonti del diritto⁴⁶⁷ non essendo possibile dubitare del fatto che queste innovano l'ordinamento giuridico, espungendo dallo stesso, attraverso una pronuncia di annullamento, disposizioni già pienamente efficaci ed obbligatorie⁴⁶⁸.

Posta la perdurante efficacia della disposizione normativa fino all'intervenuta pronuncia di incostituzionalità da parte del giudice delle leggi, è evidente come tale pronuncia si configuri come un atto produttivo di successione di norme nel tempo⁴⁶⁹.

In ordine all'efficacia nel tempo delle sentenze di accoglimento delle sentenze della Corte, posto il superamento della tesi che, sulla base dell'interpretazione letterale dell'art. 136 della Costituzione⁴⁷⁰, sanciva la perdita di efficacia ex nunc della legge dichiarata incostituzionale⁴⁷¹ in seguito all'approvazione dell'art. 30 della legge n. 87 del 1953 che sancisce espressamente come “le norme dichiarate incostituzionale *non possono avere applicazione* dal giorno successivo alla

⁴⁶⁶ CAPONI R., *La nozione di retroattività della legge*, op. cit., pag. 1363 ss.

⁴⁶⁷ Così PIZZORUSSO A., *Delle fonti del diritto*, op. cit., pag. 274 ss.

⁴⁶⁸ Sulla piena efficacia e obbligatorietà delle leggi della cui costituzionalità si dubita cfr. CAPONI E., *la nozione di retroattività della legge*, op. cit., pag. 1363-1364 che sottolinea come l'introduzione di una costituzione di tipo rigido e di un controllo di costituzionalità delle leggi non hanno minimamente toccato la disciplina dell'acquisto dell'obbligatorietà delle leggi così come disciplinata dall'art. 10 delle preleggi e dall'art. 73 della Costituzione. Sull'argomento cfr. CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1978, pag. 349 ss. e MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, pag. 1415 ss..

In senso opposto ONIDA V., *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1965, pag. 514 ss. e ZAGREBELSKY G., voce *Processo costituzionale*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol XXXVI, Milano, 1987, pag. 521 ss. secondo i quali la legge della cui costituzionalità si dubita non sarebbe obbligatoria nemmeno prima della pronuncia di incostituzionalità.

⁴⁶⁹ Così CAPONI R., *La nozione di retroattività della legge*, op. cit., pag. 1363 ss.

⁴⁷⁰ Costituzione della Repubblica Italiana, Art. 136: “Quando la Corte dichiara l'illegittimità di una norma di legge o di un atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”.

⁴⁷¹ Tesi sostenuta inizialmente da CALAMANDREI P., *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, ora in *Opere giuridiche*, vol III, Napoli, 1968, pag. 395 ss.

pubblicazione⁴⁷² della decisione” facendo così espressamente divieto ai giudici di applicare la norma dichiarata incostituzionale alle fattispecie sostanziali già esistenti, appare chiaro che gli effetti della sentenza non riguardino solo i rapporti che sorgeranno in futuro ma anche quelli che sono sorti in passato.

La ormai pacifica retroattività delle sentenze della Corte costituzionale pone due problemi tra di loro connessi: il primo riguardante l'esistenza di limiti alla retroattività delle sentenze della Corte costituzionale, il secondo riguardante la potenziale lesività dei principi di tutela dell'affidamento e di certezza del diritto delle sentenze (retroattive) di accoglimento, al pari di quanto abbiamo visto per le leggi retroattive e la conseguente possibilità di immaginare una limitazione degli effetti di tali sentenze finalizzata dei suindicati principi.

In ordine alla prima questione è da segnalare come la dottrina maggioritaria concordi nel ritenere che il giudicato costituisca un limite invalicabile per le sentenze di accoglimento della Corte costituzionale: secondo tale impostazione gli effetti della sentenza di accoglimento riguardano non solo i rapporti che sorgono in futuro ma anche quelli che sono sorti in passato, purché non si tratti di rapporti esauriti⁴⁷³.

⁴⁷² È da registrare come in dottrina si sia aperto un vivace dibattito in ordine a quale sia la pubblicazione cui collegare il dispiegarsi degli effetti delle pronunce. A un orientamento tradizionale e maggioritario che ritiene che debba farsi riferimento alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale (per tutti CRISAFULLI V., Lezioni, II, op. cit., pag 383 ss.) si contrappone la posizione di chi ritiene sia sufficiente il deposito in cancelleria a costituire il presupposto del dispiegarsi degli effetti della sentenza (in tal senso PACE A., Superiorità della Costituzione ed efficacia immediata della sentenza di incostituzionalità, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1997, pag. 444 ss). Tale ultimo orientamento è stato di recente condiviso da SICLARI M., Effetti temporali delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale, in *Giurisprudenza Italiana*, 1999, pag. 1778 ss.

⁴⁷³ In tal senso Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Gli effetti delle sentenze di incostituzionalità n. 348 e n. 349 del 2007 sui giudizi pendenti in materia espropriativa, pag. 4.

Appare chiaro che nel novero dei rapporti esauriti (e perciò consolidati e intangibili) rientrano innanzitutto i rapporti definiti, anteriormente alla pronuncia di illegittimità costituzionale, da un giudicato ⁴⁷⁴.

In tal senso è da rilevarsi l'unica esplicita eccezione alla regola per cui la sentenza di accoglimento non travolge il giudicato è prevista dall'art. 30, comma 4, della legge n. 87/1953, ai sensi del quale “quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano l'esecuzione e tutti gli effetti penali”.

Posta l'invalidità del giudicato è da rilevarsi come, secondo la prevalente dottrina e giurisprudenza, possano considerarsi altresì esauriti i rapporti definiti per effetto sia di atti amministrativi non più impugnabili, sia di atti negoziali rilevanti sul piano sostanziale o processuale, nonostante l'inefficacia della norma dichiarata incostituzionale ⁴⁷⁵.

Rilevante in tal senso la posizione autorevolmente espressa dalla Corte di Cassazione che ha chiarito che “se la dichiarazione di illegittimità costituzionale ha effetto retroattivo, nel senso che la dichiarazione illegittima non può essere applicata né come norma per la disciplina dei rapporti ancora in corso o da costituire, né come regola di giudizio dei rapporti esauriti, tuttavia, la circostanza che quella disposizione abbia di fatto operato nell'ordinamento giuridico

⁴⁷⁴ In tal senso PINARDI R., *La Corte, i giudici ed il legislatore*, Milano, 1993, pag. 25, che afferma che tra le diverse cause di esaurimento di rapporti e situazioni giuridiche va ricordato in primo luogo, il passaggio “in giudicato” della sentenza, che determina la definitiva fissazione della disciplina giuridica dei rapporti dedotti in giudizio, impedendo in tal modo l'instaurazione di un nuovo procedimento che abbia ad oggetto la medesima fattispecie.

⁴⁷⁵ Tutte ipotesi di “esaurimento” riconducibili al decorso del tempo, quando ad esso l'ordinamento ricollegi il definitivo consolidamento di situazioni e rapporti giuridici. Si pensi agli istituti della prescrizione, della preclusione e della decadenza, ciascuna riconducibile ad un diverso ramo del diritto.

comporta che essa ha prodotto effetti irreversibili, perché essi hanno inciso su rapporti esauriti a causa della mancanza o della inutilizzabilità di strumenti idonei a rimetterli in discussione ovvero a causa della impossibilità giuridica o logica di valutare diversamente, a posteriori, comportamenti che devono essere esaminati alla stregua della situazione normativa esistente al momento in cui si verificano”⁴⁷⁶.

La categoria dei rapporti esauriti è stata usata, anche di recente, in maniera decisamente elastica dalla Corte costituzionale, anche al fine di dissimulare dietro tale impropria estensione della definizione di rapporti esauriti interventi di malcelata modulazione nel tempo dell’efficacia delle proprie sentenze (vedi infra).

È il caso della sentenza n. 1/2014 con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di alcune disposizioni contenute nella legge n. 270/2005, affermando però che tale declaratoria di incostituzionalità non travolge “gli atti posti in essere in conseguenza di quanto stabilito durante il vigore delle norme annullate, compresi gli esiti delle elezioni svoltesi e gli atti adottati dal Parlamento eletto” in quanto “le elezioni che si sono svolte in applicazione anche delle norme elettorali dichiarate costituzionalmente illegittime costituiscono, in definitiva, e con ogni evidenza, un fatto concluso, posto che il processo di composizione delle Camere si compie con la proclamazione degli eletti”.

Una posizione quantomeno dubbia quella espressa dalla Corte stante la difficoltà di ricondurre (quantomeno) la questione relativa alla validità degli atti adottati (e di quelli che lo saranno in futuro) nel novero delle situazioni consolidate e quindi

⁴⁷⁶ Cass. 18-12-1984, n. 6626.

insuscettibili di fornire materia per un giudizio, che sembra rispondere alla (giusta) esigenza di bilanciare la naturale retroattività delle sentenze della Corte con altri principi di rango costituzionale, che come vedremo potrebbe risultare uno degli strumenti risolutivi rispetto alla seconda delle questioni che si sono ritenute meritevoli di attenzione.

Rispetto a tale questione, e cioè al fatto che la retroattività delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale pone dei problemi paragonabili a quelli evidenziati in relazione alle leggi retroattive in materia di tutela dell'affidamento del cittadino e di garanzia della certezza del diritto, è opportuno rilevare che è stata già introdotta nel dibattito pubblico da attenta dottrina, secondo la quale “l’efficacia retroattiva della decisione di accoglimento (...) può rivelarsi soluzione troppo drastica potendo questo *summum ius* risolversi in una *summa iniuria* tutte le volte che la dichiarazione di illegittimità provochi disuguaglianze di trattamento o *disattenda aspettative, legittime nel tempo in cui erano sorte* o, ancor peggio, determini la violazione di un valore costituzionale”⁴⁷⁷.

Rinviando alle pagine immediatamente successive l’analisi della specifica questione della tutela dell'affidamento dei cittadini quale limite all’efficacia retroattiva delle pronunce di accoglimento possiamo innanzitutto evidenziare come la giurisprudenza della Corte Costituzionale abbia elaborato diverse soluzioni volte a limitare gli effetti retroattivi delle proprie pronunce (prassi ampiamente diffusa in diversi ordinamenti stranieri, in alcuni dei quali trova

⁴⁷⁷ RUOTOLO M., *La dimensione temporale dell’invalidità della legge*, Padova, 2000, pag. 104 ss. il quale riprende le considerazioni svolte da MARTINES T., *Considerazioni sul tema*, in Aa. Vv., *Effetti temporali*, op cit., pag. 236.

altresì fondamento positivo ⁴⁷⁸), anche al fine di rispondere a esigenze connesse al principio di certezza del diritto ⁴⁷⁹.

A tal proposito è da registrare che in un primo momento la Corte ha utilizzato in tal senso l'istituto della doppia pronuncia secondo il quale la Corte era solita assumere una prima pronuncia di infondatezza o di inammissibilità detta anche “sentenza monitoria”. Attraverso tale prima sentenza la Corte preannunciava altresì nella motivazione la propria volontà di modificare l'orientamento assunto nel caso la medesima questione le venisse nuovamente ripresentata, sicché se la questione veniva nuovamente sottoposta al giudizio della Consulta senza che quel genere di vizio adombrato nella motivazione della prima sentenza fosse stato superato essa disponeva l'annullamento ⁴⁸⁰.

Successivamente, abbandonato tale strumento, la Corte costituzionale ha optato per l'esplicita limitazione dell'efficacia del tempo delle proprie sentenze, necessità sempre più stringente per rispondere all'esigenza, non sempre esplicitata, di contenere eventuali aggravii per la spesa pubblica ⁴⁸¹.

⁴⁷⁸ Si segnala in tal senso il ricorso da parte dei giudici degli Stati Uniti alla già richiamata tecnica del prospective overruling al fine di limitare l'efficacia retroattiva di pronunce di incostituzionalità (vedi ad esempio la decisione *Linkletter* del 1965). Per una analisi dettagliata della flessibilità del regime degli effetti dell'incostituzionalità in diverse esperienze straniere cfr. RUOTOLO M., *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, op. cit., pag. 301-356.

⁴⁷⁹ In tal senso la Sentenza n. 398/1989 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale la legge 1766/1927 nella parte in cui non rimette alla competenza del CSM le assegnazioni a magistrati ordinari dell'ufficio di Commissario agli usi civili, facendo tuttavia salve le nomine divenute inoppugnabili anteriormente alla pubblicazione della sentenza. In relazione a tale sentenza si rimanda a quanto osservato da RUOTOLO M., *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, op. cit., pag. 157, che rileva come “si possono individuare due ragioni che, in questo caso, giustificano la limitazione dell'efficacia retroattiva: una prima – meno forte, ma espressa – costituita dalla necessità di un'azione riequilibratrice; una seconda – più forte, ma non espressa – costituita dalla necessità di evitare eccessivi oneri a carico del bilancio dello Stato.” Nello stesso senso la sentenza 266/1989 di cui si parlerà diffusamente nelle pagine seguenti.

⁴⁸⁰ In tal senso PALADIN L., *Considerazioni introduttive*, in *Effetti Temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere* (Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988), Milano, 1989, pag 8.

⁴⁸¹ In tal senso Corte costituzionale, Sentenza n. 501/1988.

Peculiare è il caso della sentenza n. 266/1988 con la quale, al fine della duplice esigenza di contenere la spesa pubblica e di evitare “l’azzeramento di tutta quanta l’attività processuale svolta in un determinato settore in un determinato periodo di tempo”⁴⁸² la Corte costituzionale pur dichiarando l’illegittimità della disposizione transitoria della legge di riforma del sistema giudiziario militare, con la quale si devolveva al Ministero la potestà disciplinare nei riguardi dei giudici militari fino a quando non sarebbe stata data disciplina ed attuazione all’organo di autogoverno della magistratura militare, dispone che la decisione assunta “non tocca in alcun modo gli atti amministrativi e giurisdizionali già posti in essere in conseguenza del disposto di cui alla norma impugnata”, motivando tale limitazione della retroattività con il dovere di tener conto della “necessaria gradualità della completa attuazione della normativa costituzionale”⁴⁸³.

Una clausola, quella della “necessaria gradualità della completa attuazione della normativa costituzionale”, che appare nulla più che una mera clausola di stile usata dalla Corte anche in altre occasioni⁴⁸⁴ per evitare gravi ripercussioni pratiche ed economiche nel nostro ordinamento.

In ordine a tale tipologia di pronunce è necessario prendere atto delle numerose e autorevoli critiche mosse da parte della dottrina sia sulla loro legittimità sia sulla loro opportunità.

⁴⁸² PIZZORUSSO A., *Soluzioni Tecniche per graduare gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, in *Effetti temporali*, op. cit., pag. 90.

⁴⁸³ Conseguenza di tale affermazione fu che la sentenza non riverberò i suoi effetti neanche nel giudizio a quo. In ordine alla questione della mancata efficacia della pronuncia di accoglimento nel giudizio a quo, che richiama il già illustrato istituto del prospective overruling, sono state sollevate in dottrina numerose perplessità (vedi infra).

⁴⁸⁴ Corte costituzionale, Sentenza n. 50/1989 e n. 398/1989.

Per quanto riguarda il piano della legittimità, che è quello che maggiormente ci interessa, due sono i principali aspetti critici evidenziati dalla dottrina e segnatamente da un lato il fatto che tale modulazione si porrebbe apertamente in contrasto con il diritto positivo e in particolar modo con le disposizioni contenute nell'art. 136 della Costituzione e nell'art. 30 della legge n. 87/1953 ⁴⁸⁵, e dall'altro il fatto che la determinazione da parte della Corte Costituzionale del contenimento degli effetti delle sue decisioni, qualora si traducesse in una irretroattività assoluta, con la conseguente inapplicabilità della sentenza al giudizio a quo, spezzerebbe inevitabilmente il legame genetico tra giudizio a quo e giudizio di costituzionalità minando le fondamenta stesse del nostro sistema incidentale ⁴⁸⁶.

Relativamente alla prima questione, a parere di chi scrive non si può non concordare con chi in dottrina ⁴⁸⁷ ha sottolineato che dal combinato disposto dell'art. 136 Cost. dell'art. 30 della legge n. 87/1953 non possa farsi derivare l'esclusione della possibilità per la Corte Costituzionale di incidere, ove ne ricorrano i presupposti e con adeguata motivazione, sull'efficacia temporale delle sentenze di accoglimento.

⁴⁸⁵ In tal senso FOIS S., *Considerazioni sul tema*, in Aa. Vv., *Effetti temporali*, op. cit., secondo cui l'art. 136 assegnando alla Corte Costituzionale l'incarico di dichiarare l'illegittimità costituzionale allude ad un'invalidità originaria che non può non valere che ex tunc.

⁴⁸⁶ In tal senso su tutti PACE A., *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti* in Aa. Vv. *Effetti temporali*, op. cit.; Cfr. altresì PINARDI R., *La Corte, i giudici e il legislatore*, op. cit., pag. 110 che sottolinea come "sia invero assai problematico riuscire a conciliare una giurisprudenza costituzionale estremamente restrittiva proprio in tema di controllo in punto di rilevanza (...) con una decisione in cui l'interesse al sollevamento della questione risulta alla fine del tutto mortificato dalla sentenza costituzionale" e SORRENTINO F., *Considerazioni sul tema*, in Aa. Vv., *Effetti temporali*, op. cit. Una contraddittorietà quella rilevata dalla dottrina che appare ancor più manifesta nel caso della sentenza 266/1988 con la quale la Corte adotta una sentenza di incostituzionalità del tutto ininfluyente per il giudizio a quo dopo aver confutato nella prima parte della motivazione l'eccezione di irrilevanza sollevata dall'Avvocatura dello Stato.

⁴⁸⁷ Cfr. RUOTOLO M., *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, op. cit., pag. 71.

In relazione alla seconda tipologia di critiche sollevate dalla dottrina è possibile sollevare due distinte obiezioni.

In primo luogo, come argomentato da alcuni Autori, esiste un intero settore di norme la cui dichiarazione di incostituzionalità ha efficacia solo per il futuro che è rappresentato dalle norme penali di favore. In relazione a tale tipologia di norme il binomio rilevanza-applicazione al giudizio *a quo* è spezzato dalla considerazione che la Corte a partire dalla decisione n. 148/1983 ha dichiarato tali questioni rilevanti ⁴⁸⁸ pur affermando che queste non possono incidere effettivamente sulla pronuncia del giudice ⁴⁸⁹.

In secondo luogo senza voler entrare nel risalente dibattito in ordine alla natura di organo legislativo o giurisdizionale rivestita dalla Corte Costituzionale, non si può non rilevare come una posizione così rigida intorno al divieto per la Corte di modulare gli effetti nel tempo delle proprie sentenze, non soltanto sembra ignorare “la rilevanza di problemi relativi alla spesa pubblica e al diritto processuale con i quali la Corte deve quasi quotidianamente fare i conti” ma soprattutto non sembra tener conto della già richiamata natura di *jus superveniens*

⁴⁸⁸ Tale scelta della Corte tiene conto delle implicazioni “assai gravi” che deriverebbero dalla dichiarazione di inammissibilità per carenza di rilevanza delle questioni di incostituzionalità relative a norme penali di favore. Come argomentato dalla stessa Corte Costituzionale: “Altro, infatti è la garanzia che i principi del diritto penale-costituzionale possono offrire agli imputati, circoscrivendo l'efficacia spettante alle dichiarazioni d'illegittimità delle norme penali di favore; altro è il sindacato cui le norme stesse devono pur sempre sottostare, a pena di istituire zone franche del tutto imprevedute dalla Costituzione.” (Corte Costituzionale, Sentenza n. 148/1983)

⁴⁸⁹ In tal senso non appare risolutiva l'obiezione di POLITI F., *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale*, Padova, 1997, pag. 273, che rileva come per tali norme “l'efficacia solo pro futuro è imposta da altri principi costituzionali” e non si rivela “per l'introduzione nel dispositivo di particolari espressioni linguistiche, bensì per la peculiarità della norma dichiarata incostituzionale” in quanto in tal caso, stante la natura perentoria, e le supreme finalità di salvaguardia della libertà personale sottese all'art. 25 comma 2 della Costituzione, la corte non abbisogna di effettuare un bilanciamento dei valori in gioco e di renderne conto nella motivazione e, limitatamente ai suoi esiti, nel dispositivo.

attribuibile alle decisioni della Corte e dei connessi problemi di tutela dell'affidamento connessi alla sua retroattività.

A tal proposito non si può non rilevare come irragionevole sarebbe prospettare la tutela dell'affidamento come limite per il *novum jus* prodotto dalla giurisprudenza di legittimità e postulare allo stesso tempo l'irrelevanza di tale questione per il giudice delle leggi in virtù della necessaria applicabilità della pronuncia al caso concreto.

A sostegno dell'opportunità degli interventi di modulazione dell'efficacia delle proprie sentenze da parte della Corte non si può non rilevare come una limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze della Corte che non sia frutto di scelte arbitrarie ma che al contrario sia fondata "su principi (...) che si pongono nell'ordinamento come limiti naturali alla retroattività"⁴⁹⁰ e che abbia come finalità quella della garanzia di diritti sanciti dalla Costituzione non soltanto non può essere tacciata di irragionevolezza ma risulta altresì coerente con un quadro Costituzionale che mette al primo posto la persona e i suoi diritti fondamentali.

Ritornando alla questione posta all'origine di tale riflessione, e cioè quella relativa alla ipotizzabilità di una limitazione retroattività delle sentenze di accoglimento finalizzata alla tutela dell'affidamento dei cittadini, alla luce di quanto affermato nelle pagine precedenti non appare peregrino, né tantomeno inopportuno, ipotizzare che la Corte costituzionale, a seguito di un prudente apprezzamento dei valori in gioco⁴⁹¹, operi, riprendendo una limitazione esclusivamente pro futuro

⁴⁹⁰ Così D'AMICO M., *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano, 1993, pag. 61.

⁴⁹¹ In tal senso si rimanda a RUOTOLO M., *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, op. cit., pag. 122 ss. che rileva come la limitazione dell'efficacia retroattiva delle sentenze di

degli effetti della pronuncia di illegittimità costituzionale, con la conseguente applicabilità della disposizione dichiarata incostituzionale ai casi e ai rapporti sorti anteriormente alla pubblicazione della sentenza ogni qual volta che la pronuncia della Corte sia caratterizzata da un elevato tasso di imprevedibilità⁴⁹² e comporti a carico dei cittadini una lesione dell'affidamento da essi riposto nei confronti della legge dichiarata incostituzionale⁴⁹³, specialmente nel caso in cui da tale pronuncia derivi una indebita limitazione di diritti costituzionalmente garantiti.

D'altronde, come abbiamo visto nelle pagine precedenti, non sarebbe la prima volta che una Corte costituzionale, "attenta agli effetti delle proprie decisioni"⁴⁹⁴, tenga conto, nel determinare le proprie scelte, delle ripercussioni concrete all'interno del nostro ordinamento dell'applicazione retroattiva delle proprie pronunce: se un motivo sufficiente alla limitazione della retroattività delle sentenze di accoglimento è stato individuato nella necessità di "non contribuire allo squilibrio di una finanza pubblica già disastrosa"⁴⁹⁵ a maggior ragione deve ritenersi che costituisce una valida giustificazione per derogare al principio di retroattività della sentenza di accoglimento la necessità di tutelare l'affidamento legittimo del cittadino ogni qualvolta si paventi per lo stesso la lesione di un

accoglimento possa essere la conseguenza di un bilanciamento di valori costituzionali, permettendo tale bilanciamento "di fissare la regola, il punto di equilibrio tra gli interessi contrastanti in determinate circostanze, giustificando la conclusione cui si perviene."

⁴⁹² Nessuna tutela dell'affidamento sarebbe possibile nel caso di leggi adottate in palese violazione delle disposizioni costituzionali o del diritto comunitario.

⁴⁹³ Si rimanda alle pagine precedenti (par. 12.1) per le riflessioni relative all'infondatezza delle posizioni di chi ritiene che "nessun affidamento può essere riposto in una norma illegittima" stante l'impossibilità per il cittadino di valutare con certezza l'illegittimità di una norma e di conseguenza non riporre nella stessa alcun affidamento.

⁴⁹⁴ Cfr. LUCIANI M., *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale*, Padova, 1984.

⁴⁹⁵ SICLARI M., *Effetti temporali delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1999, pag. 1781.

diritto costituzionalmente garantito ⁴⁹⁶ “non potendo non attribuirsi al giudice costituzionale un potere di “manipolazione diacronica” della norma, quando la mera caducazione di essa produrrebbe in concreto situazioni di violazione dei principi costituzionali più gravi di quelle derivanti dalla sua conservazione” ⁴⁹⁷.

Una soluzione, quella della limitazione della retroattività delle sentenze di accoglimento che, come abbiamo visto nelle pagine precedenti (vedi *infra* par. 12.1), avrebbe la pregevole conseguenza di risolvere in senso positivo la questione relativa all'applicazione retroattiva delle *lex mitior* successivamente dichiarata incostituzionale, senza demandare al giudice *a quo* la valutazione degli effetti della sentenza della Corte sui procedimenti in corso, tutelando così l'affidamento riposto dall'imputato sulla possibilità di applicazione della norma successiva più favorevole ⁴⁹⁸.

⁴⁹⁶ La possibile lesione dell'affidamento riposto dai cittadini nei confronti dei cittadini, così come ogni altra valutazione degli eventuali effetti della pronuncia rientrerebbe allora tra i cd. fatti esterni, tratti dalla complessiva realtà ordinamentale, che possono entrare in gioco all'interno del processo costituzionale. Per un approfondimento sul rilievo del fatto nel giudizio di costituzionalità vedi FERRO G. A., op. cit., pag. 153 ss. e DAL CANTO F., *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in MALFATTI-ROMBOLI-ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, Torino, 2002, pag. 145 ss.

⁴⁹⁷ In tal senso RUOTOLO M., *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, op. cit., pag. 345.

⁴⁹⁸ Per un approfondimento sul principio di irretroattività in materia penale quale criterio utilizzabile dalla Corte Costituzionale per contenere gli effetti delle proprie decisioni nel tempo cfr. D'AMICO M., *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano, 1993, pag. 151 ss.

CONCLUSIONI

Alla luce dell'analisi compiuta nella prima parte del presente lavoro è possibile postulare nel nostro ordinamento l'esistenza di un generale principio di irretroattività posto a garanzia della certezza del diritto che, al pari della tutela dell'affidamento legittimo, si pone quale strumento di "difesa contro l'arbitrio dei soggetti investiti della produzione delle norme"⁴⁹⁹ e finalizzato a garantire l'attuazione del principio di auto-determinazione del soggetto indipendente e responsabile da cui traggono linfa varie libertà costituzionali⁵⁰⁰.

Tale principio di irretroattività assume, all'interno del nostro ordinamento, una diversa intensità a seconda che riguardi la materia penale o altra e diversa materia.

In ambito penale, il principio in parola trova piena tutela all'interno della Costituzione (art. 25), della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (art. 7) e della Carta dei Diritti dell'Unione Europea (art. 49), perché in tale ambito assume carattere dell'assoluta inderogabilità costituendo un essenziale presupposto per la libera autodeterminazione individuale del cittadino (vedi supra par. 12). La finalità di garanzia sottesa a questo strumento ha inoltre spinto la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la cui giurisprudenza è stata decisiva per l'evoluzione del nostro ordinamento, ad ampliare il più possibile il concetto di "materia penale" entro cui operano le garanzie previste dall'art. 7 della Convenzione, fino a ricomprendere una serie di provvedimenti *latu sensu* afflittivi. Tra questi sembrano poter rientrare, secondo quanto argomentato nelle pagine precedenti,

⁴⁹⁹ ROSELLI F., *Sull'affidamento del cittadino*, op cit. pag. 321

⁵⁰⁰ Cfr. MESSINEO D., *La garanzia del contenuto essenziale dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino, 2012, pag. 4

alcune misure particolarmente controverse come la cd. confisca antimafia (vedi supra 12.2) e l'incandidabilità prevista dal cd. Decreto Severino (vedi supra 12.3).

In relazione alla prima risulta decisivo il richiamo alla recente sentenza della Corte di Cassazione sul caso Occhipinti n. 14044/13. Con essa i giudici di piazza Cavour hanno affermato la natura oggettivamente sanzionatoria della confisca quale misura di prevenzione motivando la loro scelta non soltanto con la circostanza che in seguito alle riforme introdotte con la legge 125/2008 e con la legge 94/2009 tale forma di ablazione dei beni può essere applicata separatamente dalle misure personali e soprattutto in mancanza di un giudizio di attualità della pericolosità sociale, così come in applicazione dei cd. criteri Engel (vedi diffusamente supra par. 12.2 e par. 12.3) elaborati dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Tali criteri stabiliti dalla Corte EDU nel caso *Engel c. Paesi Bassi*, risultano determinanti anche per la identificazione della natura “sostanzialmente sanzionatoria” della seconda fattispecie, cioè a dire l'incandidabilità. A favore della tesi di chi ⁵⁰¹ ritiene che tale misura sia sostanzialmente afflittiva e che la sua retroattività sia esclusa dall'art. 7 della CEDU depongono infatti due fattori: la ricorrenza di due degli elementi individuati dalla corte tra i criteri Engel, cioè la severità della misura afflittiva e la natura penale dell'illecito da cui l'incandidabilità scaturisce; e la considerazione che l'applicazione retroattiva delle disposizioni contenute nella legge Severino si porrebbe in contraddizione con l'elementare esigenza, rilevata altresì dalla Corte costituzionale, secondo cui

⁵⁰¹ GUZZETTA G., Parere Pro Veritate allegato al Ricorso Berlusconi c. Italia.

“il cittadino deve conoscere quale sia il comportamento che la norma richiede, specie se si tratta di limitazione ad un diritto di libertà”⁵⁰².

In materia civile, l'esigenza di tutelare l'affidamento dei cittadini e di garantire gli stessi nei confronti degli arbitri del legislatore ha trovato un prezioso interprete nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Quest'ultima ha manifestato nel tempo un atteggiamento critico nei confronti delle leggi retroattive in materia civile a causa della loro capacità di interferire sia con i giudizi in corso, e quindi con la garanzia di cui all'art. 6 CEDU, sia con il godimento dei diritti difesi negli stessi giudizi. Il suddetto atteggiamento si è tradotto nella formulazione di un generale principio di irretroattività, anche nelle materie diverse da quella penale, derogabile soltanto eccezionalmente qualora ricorrano motivi imperativi di interesse generale (vedi supra par. 3.1) debitamente provati da parte del legislatore (vedi supra par. 4), che giustifichino il sacrificio dei diritti fondamentali.

La definizione della clausola dei motivi imperativi di interesse generale rappresenta allora il fulcro della partita che si sta svolgendo tra le due Corti in ordine alla definizione delle garanzie del cittadino: una partita che ruota fondamentalmente intorno alla possibilità di ritenere come sufficiente a giustificare la deroga al principio di irretroattività una motivazione di carattere economico finanziario (vedi supra par. 3.2). Su tale punto le posizioni diametralmente opposte espresse dalle Corti rivelano non soltanto una diversa intensità del controllo effettuato dalle stesse rispetto alla reale consistenza delle ragioni imperative di interesse generale poste a giustificazione dell'intervento

⁵⁰² Corte costituzionale, Sentenza n. 202/1991.

retroattivo, ma manifestano altresì un diverso approccio al tema della tutela dei diritti in tempo di crisi ⁵⁰³.

Nel caso in cui, come auspicato in queste pagine, tale situazione di tensione tra le Corti dovesse definirsi a favore dell'orientamento restrittivo che comporta nella sostanza l'apposizione di nuovi e più stringenti limiti alla possibilità per il legislatore di intervenire retroattivamente, con la contestuale affermazione della tutela dell'affidamento e della certezza del diritto come principi fondamentali dell'ordinamento - questo si tradurrebbe in un nuovo e importante riconoscimento del primato della persona (e dei suoi diritti) sullo Stato ⁵⁰⁴ in quanto appare evidente che in materia di retroattività "qualsiasi spazio in più si concede al legislatore, lo si toglie alla difesa dei diritti" ⁵⁰⁵.

Il divieto di retroattività, così come sancito dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, non subisce il fascino delle classificazioni operate in dottrina e si impone con egual forza anche nei confronti delle cd. leggi di interpretazione autentica (vedi supra par. 5) e delle cd. leggi di sanatoria (vedi supra par. 9). La ricorrenza degli elementi tipici che caratterizzano tali tipologie di leggi secondo la ricostruzione della dottrina e della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, potrà valere tuttalpiù come indice di legittimità della deroga, non idoneo tuttavia a

⁵⁰³ Sul punto si rileva come appare difficile pensare che le Corti Costituzionali possano acconsentire senza obiezioni a che gli Stati nazionali cedano alle pressioni delle istituzioni economiche internazionali perché "rompano il contratto sociale che lega i cittadini la loro società e il loro governo e che prevede che vengano assicurate le tutele sociali ed economiche fondamentali." Cfr. STIGLITZ, *Globalization and Its Discontents*, tr. it. *La globalizzazione e i suoi oppositori*², Torino 2003, 212

⁵⁰⁴ Conformemente alla volontà dei Costituenti, così come delineata all'interno dell'ordine del giorno del 9 settembre 1946 proposto da Giuseppe Dossetti e approvato all'unanimità nella prima sottocommissione: "il nuovo statuto dell'Italia democratica [deve riconoscere] la precedenza sostanziale della persona umana (intesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni non solo materiali ma anche spirituali) rispetto allo Stato e la destinazione di questo al servizio di quella."

⁵⁰⁵ BIN R., *Lo Stato di diritto*, cit. pag. 62.

sottrarre tali leggi al controllo circa la ricorrenza del presupposto giustificativo della deroga stessa.

Al medesimo controllo, in merito al rispetto degli stringenti limiti imposti dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo alla legislazione retroattiva sono sottoposte le leggi regionali (vedi supra par. 10) e i contratti collettivi (vedi par. 8): per le prime tale affermazione risulta pacifica, sia in dottrina sia in giurisprudenza, alla luce della riforma dell’art. 117 Cost. operata con la legge costituzionale n. 3/2001; in relazione ai secondi, invece, si assume - sviluppando un’intuizione di attenta dottrina⁵⁰⁶ - che la sottoposizione dei contratti collettivi retroattivi ai medesimi limiti che incontra la legislazione retroattiva, sia diventata, con la riforma dell’art. 360, n. 3, c.p.c., una necessità ineludibile.

Il divieto di retroattività, come ridisegnato dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, è ancora più stringente nel caso di provvedimenti retroattivi che violano, o che si pongono in contrasto con il “dovere di coerenza”⁵⁰⁷ che grava sulle pubbliche autorità, quali, ad esempio, le leggi che incidono retroattivamente sui benefici legati alle cd. leggi di incentivazione (vedi supra par. 7). Come argomentato nelle pagine precedenti, in relazione alle leggi appena citate, il principio di irretroattività esplica tutta la propria forza traducendosi in un divieto per il legislatore di “confezionare trabocchetti e falsi miraggi”⁵⁰⁸ e appare improbabile che il legislatore possa individuare motivi imperativi di interesse generale tali da giustificare la rottura del sinallagma Stato-cittadino e di conseguenza di giustificare una così vistosa lesione dell’affidamento.

⁵⁰⁶ OCCHINO A., *L’aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali*, Torino, 2004 pag. 336.

⁵⁰⁷ PIZZORUSSO A., *Minoranze e maggioranze*, Torino, 1993, pag. 26 ss.

⁵⁰⁸ FALSITTA G., *Recupero retroattivo degli “aiuti di Stato”*, op. cit., pag. 666.

Altrettanto rigoroso è il divieto per il legislatore di introdurre disposizioni retroattive in materia tributaria (vedi supra par. 6). In tale ambito, verificata l'insufficienza del criterio di capacità di contributiva sancito dall'art. 53 della Costituzione ad arginare il proliferare di interventi legislativi retroattivi, nonché l'inidoneità dell'art. 3 dello Statuto del contribuente a costituire un limite in tal senso, si è affermato che l'imposizione retroattiva di un gravame fiscale inatteso e imprevedibile, tanto da influire sulla capacità della persona (fisica o giuridica) di programmare la propria esistenza, costituisca senza alcun dubbio una negazione del combinato disposto degli articoli 3 e 41 della Costituzione oltre che dei già richiamati principi di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento.

Alla luce di ciò, pur non sussistendo all'interno del nostro ordinamento elementi tali da spingerci ad affermare l'assoluta inderogabilità del principio di irretroattività, si ritiene che le disposizioni retroattive in materia tributaria siano da considerarsi caratterizzate da evidente eccezionalità. A queste disposizioni, secondo quanto argomentato nelle pagine precedenti, il legislatore potrà ricorrere solo nell'ipotesi in cui sia a rischio la sopravvivenza dell'ordinamento o sia necessario tutelare valori fondamentali dell'ordinamento stesso ⁵⁰⁹, i quali però non possono essere ricondotti alla mera necessità di garantire la copertura della spesa pubblica.

La necessità di garantire la massima estensione dei confini della tutela dell'affidamento del cittadino è sottesa alla sostanziale equiparazione tra legge retroattiva e mutamenti degli orientamenti giurisprudenziali consolidati retroattivi.

⁵⁰⁹ In tal senso cfr. DELLA VALLE E., *Affidamento e certezza nel diritto tributario*, Milano, 2001, pag 99; MELIS G., *Interpretazione autentica, retroattività e affidamento del contribuente: brevi riflessioni su alcune recenti pronunzie della Corte costituzionale*, in *Rass. Trib.*, 1997, pag. 878.

L'equiparazione, compiuta dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (vedi supra par. 13) si fonda sulla considerazione che “sulle posizioni consolidate della giurisprudenza il cittadino matura lo stesso legittimo affidamento di quello maturato su misure legislative” ⁵¹⁰ nonché sulla constatazione di un potere del giudice di “fare diritto” ⁵¹¹. Potere che seppur negato - non senza un velo di ipocrisia - da larga parte della dottrina, viene esercitato di fatto dai giudici, specialmente ogni qualvolta essi elaborano “norme inesprese”, e non si pone in contraddizione con il dettato costituzionale (vedi supra par. 13.1)

La rilevata idoneità degli orientamenti giurisprudenziali consolidati a fondare un legittimo affidamento, meritevole di tutela, da parte del cittadino (vedi supra par. 14) richiede l'individuazione di strumenti adeguati a garantire tale affidamento.

A questo proposito, la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha già individuato, secondo un indirizzo prospettato da autorevole dottrina, il *prospective overruling* (vedi supra par. 15) quale strumento per limitare l'efficacia retroattiva dei mutamenti giurisprudenziali, limitando l'applicazione di tale istituto agli *overruling* relativi alla sola materia processuale che siano imprevedibili e che abbiano un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte.

Epperò, vista la natura creativa dell'interpretazione giurisprudenziale (vedi supra par. 13.1), le ragioni di tutela dell'affidamento del cittadini che hanno portato la Suprema Corte a utilizzare il *prospective overruling* giustificano l'estensione di tale strumento agli *overruling* “sostanziali”. Di conseguenza in caso di mutamento di orientamenti giurisprudenziali consolidati, indipendentemente che questi

⁵¹⁰ SANTANGELI F., op. cit., pag. 8

⁵¹¹ Potere che come osservano alcuni autori la Corte di Cassazione si è riconosciuta autonomamente, in tal senso VERDE G., op. cit., pag 11.

riguardino una questione di diritto processuale o sostanziale, è possibile immaginare che il giudice sia chiamato a operare un bilanciamento tra il principio di separazione dei poteri e quello di legittimo affidamento, escludendo la naturale retroattività della pronuncia giurisprudenziale quando questa, in violazione del principio di tutela del legittimo affidamento, comporti una lesione di un diritto costituzionalmente garantito.

Seguendo tale impostazione, la “naturale” retroattività del mutamento giurisprudenziale non è altro che una regola generale derogabile, a seguito di una prudente valutazione del giudice, nei casi in cui tale retroattività comporti una grave violazione di un diritto costituzionalmente garantito.

Infine si è rilevato come la necessità di tutelare l'affidamento del cittadino possa essere posta alla base di una limitazione retroattività delle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale (vedi supra par. 16) vista la natura di *jus superveniens* riconosciuta alle stesse.

Su tale punto, si è affermato che non è peregrino, né tantomeno inopportuno, ipotizzare che la Corte costituzionale, a seguito di un prudente apprezzamento dei valori in gioco ⁵¹², operi, riprendendo una limitazione esclusivamente pro futuro degli effetti della pronuncia di illegittimità costituzionale ogni qual volta che la pronuncia della Corte sia caratterizzata da un elevato tasso di imprevedibilità ⁵¹³ e comporti a carico dei cittadini una lesione dell'affidamento da essi riposto nei

⁵¹² In tal senso si rimanda a RUOTOLO M., *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, op. cit., pag. 122 ss. che rileva come la limitazione dell'efficacia retroattiva delle sentenze di accoglimento possa essere la conseguenza di un bilanciamento di valori costituzionali, permettendo tale bilanciamento “di fissare la regola, il punto di equilibrio tra gli interessi contrastanti in determinate circostanze, giustificando la conclusione cui si perviene.”

⁵¹³ Nessuna tutela dell'affidamento sarebbe possibile nel caso di leggi adottate in palese violazione delle disposizioni costituzionali o del diritto comunitario.

confronti della legge dichiarata incostituzionale ⁵¹⁴, specialmente nel caso in cui da tale pronuncia derivi una indebita limitazione di diritti costituzionalmente garantiti. Ciò in quanto non è possibile “non attribuire al giudice costituzionale un potere di “manipolazione diacronica” della norma, quando la mera caducazione di essa produrrebbe in concreto situazioni di violazione dei principi costituzionali più gravi di quelle derivanti dalla sua conservazione” ⁵¹⁵.

Tali conclusioni spingono a ritenere che sia ormai giunto il tempo per il pieno riconoscimento della tutela dell'affidamento e del dovere di “buona fede” come principi costituzionali non scritti che informano tutto il nostro ordinamento che vincolino l'operato dei soggetti chiamati creare il diritto, imponendo loro di non frustrare le attese del cittadino con un esercizio arbitrario del potere.

Con la consapevolezza che tali principi, allo stesso modo del principio di certezza del diritto, “non sono ostacoli in sé al mutamento pur ergendosi a ineludibili imperativi riguardanti il suo come” ⁵¹⁶.

A rafforzare la necessità di un definitivo e pieno riconoscimento della dignità costituzionale della tutela dell'affidamento come limite per il legislatore è bene sottolineare, come già fatto da autorevole dottrina ⁵¹⁷, che i problemi sottesi ad un rapporto non corretto tra il diritto e il passato non possono essere analizzati esclusivamente sotto il profilo della legittimità, ma pongono problemi più profondi che corrono sul crinale della legittimazione delle istituzioni non

⁵¹⁴ Si rimanda alle pagine precedenti (par. 12.1) per le riflessioni relative all'infondatezza delle posizioni di chi ritiene che “nessun affidamento può essere riposto in una norma illegittima” stante l'impossibilità per il cittadino di valutare con certezza l'illegittimità di una norma e di conseguenza non riporre nella stessa alcun affidamento.

⁵¹⁵ In tal senso RUOTOLO M., *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, op. cit., pag. 345.

⁵¹⁶ LUCIANI M., op. cit., pag. 2097

⁵¹⁷ LUCIANI M., *Il dissolvimento della retroattività*, op. cit., pag. 2097

potendosi ignorare come un abuso della retroattività possa determinare “generale sfiducia nelle istituzioni considerate ormai frivole e tali da non giustificare alcun serio affidamento”⁵¹⁸.

In quest’ottica tutelare l’affidamento significa dare nuova linfa al sogno “che il diritto possa prevalere sulla volontà politica, che siano le regole, e non gli uomini, *ed il loro arbitrio*, a governare”⁵¹⁹ e soprattutto affermare ancora una volta il “divieto di funzionalizzazione del patrimonio di umanità recato dall’individuo sull’altare delle esigenze collettive”⁵²⁰ ed il conseguente primato del diritto (e dei diritti) sul potere in ogni sua manifestazione.

A tal proposito risulta opportuno sottolineare, ancora una volta, che l’esigenza di tutelare l’affidamento del cittadino, ed i diritti ad esso sottesi, si impone con la medesima forza in relazione alle diverse tipologie di atti aventi natura di *jus superveniens* retroattivo. E ciò a conferma dell’impostazione adottata dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo che “mette in evidenza il fatto, cioè a dire la violazione del diritto, e non la regola astratta”⁵²¹ e che offre nuovi argomenti alla teoria secondo cui i giudici, ed in particolar modo le Corti Supreme, si caratterizzano come tutori delle libertà consacrate nelle carte costituzionali e non più (o quantomeno non soltanto) quali garanti dell’esatta applicazione della norma⁵²².

⁵¹⁸ QUADRI R., *Applicazione della legge in generale* in (a cura di) SCIALOJA-BRANCA, Commentario del Codice Civile, Roma, 1978, pag. 85

⁵¹⁹ BIN R., *Lo Stato di diritto*, cit. pag. 48. Corsivo aggiunto.

⁵²⁰ MESSINEO D., *La garanzia del contenuto essenziale dei diritti fondamentali*, op. cit., pag. 22

⁵²¹ CARIOLA A., *L’integrazione dei parametri di legittimità*, in *Ricerche sulle culture costituzionali*, Torino, 2012, pag. 243

⁵²² Cfr. CARIOLA A., *L’integrazione dei parametri di legittimità*, op. cit. pag. 236

Da ciò il dovere da parte di questi ultimi, chiamati a “difendere i diritti dei cittadini e a proteggerli anzitutto contro lo Stato e le sue leggi” ⁵²³, di riaffermare la dignità costituzionale della tutela dell’affidamento quale argine alla retroattività e limite alla “onnipotenza della legge” ⁵²⁴, al fine di evitare che “la difficoltà di fare assegnamento sulla ragionevole stabilità degli atti di esercizio dell’autorità pubblica generi un sentimento umiliante di sottoposizione all’arbitrio” ⁵²⁵.

⁵²³ BIN R., *Lo Stato di diritto*, cit. pag. 62

⁵²⁴ Sull’onnipotenza della legge come “costante minaccia delle libertà individuali” cfr. BIN R., *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2004, pag. 29

⁵²⁵ ROSELLI F., *Sull’affidamento del cittadino*, in *Scintillae Iuris*, Studi in memoria di Gino Gorla, Milano, 1994, pag. 320

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., Effetti Temporalis delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere (Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988), Milano, 1989

AINIS, L'entrata in vigore delle leggi. Erosione e crisi di una garanzia giurisdizionale: la vacatio legis, Padova, 1986

ALPA, La certezza del diritto nell'età dell'incertezza, Napoli, 2006

AMATUCCI, Il divieto di retroattività in materia tributaria. Nuovi orientamenti in ambito nazionale e comunitario. Conclusioni in Rivista Internazionale di Diritto Tributario, 2009

AMATUCCI, L'efficacia nel tempo della norma tributaria, Milano, 2005

AMBROSELLI, La Corte costituzionale torna a pronunciarsi sulla retroattività della lex mitior: applicabilità del giudizio-pilota a fattispecie ad esso assimilabili non pervenute alla Corte di Strasburgo. Questioni a margine della sentenza n. 210 del 2013 della Corte costituzionale, in www.dirittifondamentali.it, 2013

ANTONIAZZI, "Recenti Conferme della Corte di Giustizia circa la ricostruzione di un principio fondamentale di tutela dell'affidamento nell'ordinamento comunitario", in Rivista Italiana Diritto Pubblico e Comunitario, 2002

ANZON, Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi, Roma, 1985

ANZON, Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore: atti del seminario di Roma del 5 ottobre 2000

BACHELET, Leggi o super-leggi di incentivazione? In Giurisprudenza Costituzionale, 1965

BARBERIS, Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione, in Analisi e diritto, Torino, 2004

BARILE-CHELI-GRASSI, Istituzioni di Diritto Pubblico, Padova, 1995

BARILE, Diritti dell'Uomo e libertà fondamentali, Bologna, 1984

BARTOLE- CONFORTI-RAIMONDI, Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Padova, 2001

BATTAGLIA, La legittimità costituzionale dell'interpretazione autentica (a proposito di giudizi di assise) in Giustizia Penale, 1953

BIAGIAVI nei suoi Appunti sul Diritto Giudiziario, Padova, 1989

BIANCA, Diritto Civile I. La norma giuridica. I soggetti, Milano, 1978

BIN, Ragionevolezza e divisione dei poteri, in La ragionevolezza nel diritto, Torino 2002

BIN, Lo Stato di Diritto, Bologna, 2004

BINI, L'interpretazione giurisprudenziale in Italia come fonte del diritto: il caso dei contratti collettivi di diritto comune, in <http://www.giuri.unige.it>

BIONDI, La decisione delle Sezioni Unite della Cassazione ha lo stesso "valore" della fonte del diritto scritto? Quando l'interpretazione conforme alla Cedu pone dei dubbi di costituzionalità, in Osservatorio sulle Fonti, 2010

BOBBIO, Teoria generale del diritto, Torino, 1993

BOCCALATTE, La motivazione della legge: profili teorici e riflessioni sulla sua (in)opportunità e sulla sua (in)utilità, in Quaderni regionali: rivista trimestrale di studi e documentazione, 2009

BROGGINI, La retroattività della legge nella prospettiva romanistica, Milano, 1966

CACCIAVILLANI, “Il principio del giusto processo: dovere del giudice o diritto della parte” in LexItalia 1/2012

CALAMANDREI, La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile, ora in Opere giuridiche, vol III, Napoli, 1968

CAPONI, La nozione di retroattività della legge, in Giurisprudenza Costituzionale, 1990

CAPONI, Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti, in Giurisprudenza Costituzionale, 2011

CAPONI, Retroattività delle leggi: limiti sostanziali v. limiti processuali nel dialogo tra le corti, in Giurisprudenza Costituzionale, 2012

CARETTI, Motivazione (Diritto Costituzionale), in Enciclopedia Giuridica Treccani, 1990

CARIOLA, Retroattività, in Dizionario di Diritto Pubblico, 2006

CARIOLA, Ricerche sulle culture costituzionali, Torino, 2007

CARNEVALE, “La tutela del legittimo affidamento... cerca casa” in Giurisprudenza Costituzionale, in Giurisprudenza Costituzionale, 2011

CASTORINA, Spunti problematici a proposito di una sentenza della Corte in materia di leggi regionali interpretative, in Le Regioni, 1990

CELOTTO, Il controllo sulle leggi di sanatoria: “schemi” di giudizio di uno scrutinio “particolarmente” rigoroso, in Giurisprudenza Costituzionale, 1999

CERRI, Leggi retroattive e costituzione – Spunti critici e ricostruttivi, in Giurisprudenza Costituzionale, 1975

CIAN-TRABUCCHI, Commentario Breve al Codice Civile, Padova, 2011

COLASANTE, Una legge di interpretazione autentica per “fare cassa”: un’occasione perduta per tracciare i limiti dei provvedimenti anti-crisi, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2012

COLOMBI, Gli strumenti di garanzia dei diritti fondamentali fra costituzione e CEDU: riserva di legge e base legale. Riflessioni a margine di un obiter dictum di corte cost. sent. 8 ottobre 2012 n. 230 in *Rivista AIC*, n. 3/2013

CORDEIRO GUERRA, *Illecito tributario e sanzioni amministrative*, Milano, 1996

CORSALE, (voce) *La Certezza del Diritto*, *Enciclopedia Giuridica Italiana*, Roma, 1988

CRISAFULLI, Sulla motivazione degli atti legislativi, in *Rivista Diritto Pubblico e della Pubblica Amministrazione in Italia*, 1937

CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1978

CUTTONE, Personale ATA, una nuova pronuncia conferma una vecchia querelle: fino a che punto è ammissibile l'intervento retroattivo del legislatore nell'ordinamento multilivello?, in *RIDL* 3/2013

D’AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano, 1993

DEGNI, *L’interpretazione della legge*, Napoli, 1909

DELLA VALLE, *Affidamento e certezza nel diritto tributario*, Milano, 2001

DE PASQUALE, *Interpretazione autentica e tutela del contribuente* in *Rassegna Tributaria*, 2013

DODARO, Principio di retroattività favorevole e termini più brevi di prescrizione dei reati, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2006

DORIGO, Il divieto di retroattività delle norme tributarie: spunti ricostruttivi a partire da una recente sentenza sull'abuso del diritto in *Rivista di Diritto Tributario*, 2013

ESPOSITO, Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia, in *Id.*, *La Costituzione Italiana*. Saggi, Padova, 1954

ETTORRE, Quali limiti per l'interpretazione autentica? A proposito di un decreto legge concernente il personale direttivo dello stato in *Nuova Rassegna di Legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 1986

FALCINELLI, Schemi di "vera" sanzione penale e limiti di retroattività applicativa, ovvero prove di forza/compatibilità tra politica criminale nazionale e CEDU in <http://diritti-cedu.unipg.it>

FALSITTA, Giustizia tributaria e tirannia fiscale, 2008

FALSITTA, Recupero retroattivo degli "aiuti di Stato" e limiti della tutela dei principi di capacità contributiva e di affidamento, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2010

FERRARI, Retroattività del regime della prescrizione riformata e garanzia dell'applicabilità della *lex mitior* nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: un esempio di interpretazione costituzionale "creativa" dell'art. 7 della CEDU, in *Europeanrights*, 29/2011

FERRO, Modelli Processuali ed Istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale, Torino 2012

FIANDACA, voce Misure di prevenzione (profili sostanziali), in *Dig. Delle Disc. Pen.*, vol VIII, Torino, 1994

FIORAVANTI, Costituzionalismo: percorsi della storia e tendenze attuali, Roma-Bari, 2009

FIORAVANTI, Lo stato moderno in Europa, Roma-Bari, 2002

FREZZA, “Interpretazione autentica” e diritto civile: considerazioni a margine di un recente contributo, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2013

GAGLIARDI-PAGANO, *Le leggi di interpretazione autentica nell’ordinamento italiano*, 2005

GALGANI, Le vicende dell’incandidabilità nella dialettica tra garanzie costituzionali: distingue frequenter, in *Archivio Penale*, Gennaio – Aprile 2014

GAMBARDELLA, Il Caso Scoppola: per la Corte europea l’art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole, in *Cassazione Penale*, 2010

GAMBARDELLA, “Legge Severino” in materia di incandidabilità sopravvenuta e divieto di retroattività convenzionale (art. 7 C.e.d.u.) in *Archivio Penale*, Gennaio- Aprile 2014.

GORLA, *Precedente giudiziale*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1990

GRAGNOLI, *Profili dell’interpretazione dei contratti collettivi*, Milano, 2000

GROTTANELLI DE SANTI, *Profili Costituzionali della irretroattività delle leggi*, 1970

GUARINO, Sul regime Costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo, in *Scritti di diritto pubblico dell’economia e di diritto dell’energia*, Milano, 1962

GUIDELLI, La motivazione della legge. Il caso della regione Toscana, in www.consiglio.regione.toscana.it

HABERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Firenze, 1993

HABERLE, (voce) *Stato costituzionale*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXX, Roma, 1991.

HABERMAS, Fatti e Norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia, Milano, 1996

LUCIANI, Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica, in *Giurisprudenza Italiana*, 2007

LUCIFREDI, La nuova costituzione italiana raffrontata con lo Statuto Albertino e vista nel primo triennio di sua applicazione, Milano, 1952

MANES-ZAGREBELSKY, La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano, Milano, 2011

MANNA, L'incandidabilità sopravvenuta nel corso del mandato parlamentare e l'irretroattività della norma penale, in *Archivio Penale*, Gennaio – Aprile 2014

MARESCA, Appunti per uno studio sull'interpretazione autentica del contratto collettivo di lavoro pubblico in AA. VV. Studi sul lavoro. Scritti in onore di Gino Giugni, Bari, 1999

MARI, Retroattività della lex mitior e Convenzione europea dei diritti dell'uomo – osservazioni a C. cost., sent. (19) 22 luglio 2011, n. 236 in *Cassazione Penale*, 2011

MARONGIU, Sulla legittimità Costituzionale delle norme tributarie retroattive in *Rivista Internazionale di Diritto Tributario*, 2009

MASSA, I paletti di Strasburgo alle leggi retroattive, in *Quaderni Costituzionali*, 2007

MASSA, La sostanza della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2009

MASSA, Agrati: Corte europea vs. Corte costituzionale sui limiti alla retroattività in *Quaderni Costituzionali*, 2011

MASSA, “Dopo il caso Agrati il caso Scattolon: le leggi interpretative tra disapplicazione e prevalenza sulla CEDU” in Quaderni Costituzionali, 2011

MASSA, Difficoltà di dialogo. Ancora sulle divergenze tra Corte costituzionale e Corte Europea in tema di leggi interpretative, in Giurisprudenza Costituzionale, 2012

MASSA, La sentenza n. 264 del 2012 della Corte costituzionale: dissonanza tra le corti sul tema della retroattività, in Quaderni Costituzionali, 2013

MASTROIACOVO, Esiste davvero la legge di interpretazione autentica in Rivista di Diritto Tributario, 2012

MATUCCI, Tutela dell'affidamento e retroattività ragionevole in un caso di interpretazione autentica, in Giurisprudenza Costituzionale, 2006

MAUGERI, La confisca misura di prevenzione ha natura “oggettivamente sanzionatoria” e si applica il principio di irretroattività: una sentenza storica?, in Diritto Penale Contemporaneo, 2013

MAUGERI (a cura di), Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione, Milano, 2008

MAZZA, Lo chassé-croisé della retroattività (in margine alla “legge Severino”) in Archivio Penale, Gennaio-Aprile 2014

MAZZON, La vera libertà del cittadino passa attraverso il principio di legalità quale matrice del fatto tipico in www.personaedanno.it

MELIS, Interpretazione autentica, retroattività e affidamento del contribuente: brevi riflessioni su alcune recenti pronunzie della Corte costituzionale in Rassegna Tributaria, 1997

MENGHINI, I contrasti tra Corte EDU e Corte costituzionale sulle leggi retroattive che eliminano diritti di lavoratori e pensionati: qualche idea per un avvio di soluzione, in Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale, 2012

MENGONI, Diritto e valori, Bologna, 1995

MERUSI, L'affidamento del cittadino, Milano 1970

MERUSI, Buona fede e affidamento nel diritto pubblico, Milano 2001

MESSINEO, La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni, Torino, 2012

MORELLI, Interpretazione autentica e "giusto processo". Torna al vaglio della Corte costituzionale la disposizione interpretativa della disciplina sul trasferimento del "personale ATA" dagli enti locali allo stato, in Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 2009

MORTATI, Istituzioni di Diritto Pubblico, Padova, 1960

MOSCHETTI, Agevolazioni fiscali in Digesto Discipline Privatistiche Sez. Com. I, 1987

MOSCHETTI, Il principio democratico sotteso allo Statuto dei diritti del contribuente e la sua forza espansiva, in Rivista di Diritto Tributario, 2011

OCCHINO, L'aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali, Torino, 2004

ONIDA, Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza, in Giurisprudenza Costituzionale, 1965

PACE, Il diritto transitorio, Milano, 1944

PACE, Superiorità della Costituzione ed efficacia immediata della sentenza di incostituzionalità, in Giurisprudenza Costituzionale, 1997

PICCHI, L'obbligo di motivazione delle leggi, Milano, 2011

PICCHI, Della motivazione delle leggi statali e regionali, in CARETTI P. (a cura di) Osservatorio sulle fonti 2007. La qualità della regolazione, Giappichelli, Torino, 2009

PINARDI, La corte, i giudici ed il legislatore: il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità, Milano, 1993

PINELLI C. Valutazione sistematica versus valutazione parcellizzata: un paragone con la Corte di Strasburgo in Giurisprudenza Costituzionale, 2012

PIZZORUSSO, Delle Fonti del Diritto in SCIALOJA-BRANCA (a cura di) Commentario del Codice Civile, Bologna, 1977

PIZZORUSSO, La produzione normativa in tempi di globalizzazione, in <http://archivio.rivistaaic.it>

PIZZORUSSO, Minoranze e maggioranze, Torino, 1993

POLI, Il principio di retroattività della legge penale più favorevole nella giurisprudenza costituzionale ed europea, in Rivista AIC 3/2012

POLITI, Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale: contributo ad una teoria dell'invalidità costituzionale della legge, Padova, 1997

PUGIOTTO, La legge interpretativa e i suoi giudici, Milano 2003

PUGIOTTO, Le leggi interpretative a corte: vademecum per giudici a quibus, in Giurisprudenza Costituzionale, 2008

PUGIOTTO, Interrogativi antichi (e risposte inedite) in tema di leggi e regolamenti interpretativi in Giurisprudenza Costituzionale, 2012

PULITANO', Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza, in Giurisprudenza Costituzionale, 2008

QUADRI, Applicazione della legge in generale, in (a cura di) SCIALOJA-BRANCA, Commentario del Codice Civile, Roma, 1978

RANDAZZO, Retroattività della legge e ingerenza del legislatore nell'attività giurisdizionale: "i motivi imperativi di interesse generale". Giurisprudenze a confronto, in Quaderni di nuova giurisprudenza ligure, Le Sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo come fonte del diritto, Atti del Seminario del 12 ottobre 2012

RESCIGNO, Leggi di interpretazione autentica, leggi retroattive e possibili ragioni della loro incostituzionalità, in Giurisprudenza Costituzionale, 2012

RESCIGNO, Leggi di interpretazione autentica e leggi retroattive non penali incostituzionali in Giurisprudenza Costituzionale, 1964

RESCIGNO, Qualità della legislazione e principio di legalità in Rivista di Diritto Costituzionale, 2000

RESCIGNO, Sanatoria ope legis di atti invalidi – Reiterabilità di disposizioni dichiarate incostituzionali, in Giurisprudenza Costituzionale, 1963

ROMBOLI, Il giudice naturale, Milano, 1981

ROSELLI, Sull'affidamento del cittadino, in Scintillae Iuris, Studi in memoria di Gino Gorla, Milano, 1994

RUGGERI, La Corte costituzionale (equilibrata), tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la corte EDU, in Diritto Pubblico Comparato Europeo, 2011

RUGGERI, La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la *maschera* della consonanza, cela il *volto* di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale, in www.giurcost.it

RUOTOLO, Il tempo e le funzioni dello Stato, in Diritto e Società, 2000

RUOTOLO, La dimensione temporale dell'invalidità della legge, Padova, 2000

SANDULLI, Fonti del Diritto, in Novissimo Digesto Italiano, VII, Torino, 1961

SANTANGELI, La tutela del legittimo affidamento sulle posizioni giurisprudenziali, tra la cristallizzazione delle decisioni e l'istituto del prospective overruling, con particolare riguardo al precedente in materia processuale, in Judicium.it, 2011

SCOGNAMIGLIO, Diritto del lavoro, Napoli, 1994

SEMERARO, Interpretazione autentica, retroattività e ragionevolezza, in Rassegna di Diritto Civile, 2011

SEVERINI, La presunta incostituzionalità del Decreto Severino: tattica dilatoria o dubbio non manifestamente infondato?, in www.associazionedeicostituzionalisti.it

SICLARI, Effetti temporali delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale, in Giurisprudenza Italiana, 1999

SORRENTI, La tutela dell'affidamento leso da un overruling processuale corre sul filo della distinzione tra natura creativa e natura dichiarativa della giurisprudenza, in Rivista Telematica AIC, 1/2012

SORRENTINO, Garanzia giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi e leggi provvedimento in Giurisprudenza Costituzionale, 1991

SPUNTARELLI, "La buona fede quale parametro di giudizio per la tutela del legittimo affidamento" in Giurisprudenza Costituzionale, 2009

TARCHI, Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale, 1990

TARUFFO, Giurisprudenza (voce), Enciclopedia delle Scienze Sociali, Treccani, 1994

TOSCANO, A proposito del discusso contributo di solidarietà: riflessioni sulla persistente tentazione del legislatore di introdurre norme tributarie retroattive, in GiustAmm.it, Anno VIII, 2011

TOSI, Questioni in tema di retroattività della legge e del contratto collettivo, in Argomenti di Diritto del Lavoro, 2008

VALENTINO, Il Principio di irretroattività della legge civile nei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2012

VALENTINO, Ancora sulle leggi d'interpretazione autentica: il contrasto tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale sulle cc.dd. "pensioni svizzere, in Osservatorio, www.rivistaaic.it, 2013

VERDE, Mutamento di Giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge) in Rivista di Diritto Processuale, 1/2012

VICECONTE, Contratti collettivi successivi, migliorativi e peggiorativi, loro retroattività e irretroattività, limiti rispetto ai diritti soggettivi quesiti. I termini generali del problema e lo stato della questione, in Lavoro e previdenza oggi, 2000

VIGANO, Sullo Statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole, in Diritto Penale Contemporaneo, 2011

VILLANI, Principio dell'affidamento: tra normativa tributaria e normativa comunitaria in FiscaliTax.it , 2009

ZAGREBELSKY, Il sistema costituzionale delle fonti del diritto, Torino, 1984

ZANON-BIONDI, Il sistema costituzionale della magistratura, Bologna, 2011

ZINGALES, Aspetti peculiari dell'attuale legislazione in Foro Amministrativo, 1980